

Bernhard Schlichter

**DIE BESEITIGUNG VON KONZENTRATION
IN DER WIRTSCHAFT DURCH
UNTERNEHMENSENTFLECHTUNGEN
ALS VERFASSUNGSFRAGE**

1983

Die Beseitigung von Konzentration in der
Wirtschaft durch Unternehmensentflechtungen
als Verfassungsfrage

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Bernhard Schlichter
aus Lathen
1983



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Bleckmann

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Stober

Dekan: Prof. Dr. Harms

Tag der mündlichen Prüfung: 24. 6. 1983

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AmtsBl. d. am. MilReg.	Amtsblatt der amerikanischen Militärregierung
AmtsBl. d. brit. MilReg.	Amtsblatt der britischen Militärregierung
Anm.	Anmerkung
AOB	Archiv des öffentlichen Rechts (Band, Seite)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeits- gerichts (Band, Seite)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der deutschen Industrie
Bearb.	Bearbeiter
Begr. z. RegE	Begründung zum Regierungsentwurf
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofes in Zivilsachen (Band, Seite)
BK	Bonner Kommentar (Kommentar zum Bonner Grundgesetz)
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesminister(ium) für Wirtschaft
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BT-Prot.	Bundestagsprotokoll

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band, Seite)
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
dies.	dieselbe
diesbzgl.	diesbezüglich
Diss. jur.	juristische Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung(en)
EHG	Einzelhandelsgesetz
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte (Zeitschrift)
f.	folgende (Seite, Randnummer)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende (Seiten, Randnummern)
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschafts- verfassung und Wettbewerb e.V. Köln, Schriftenreihe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
GjS	Gesetz über die Verbreitung jugend- gefährdender Schriften
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GrundstücksVG	Grundstücksverkehrsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän- kungen
Halbbd.	Halbband
HandwO	Handwerksordnung

HauptGA	Hauptgutachten
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	in engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne des, der
i.S.e.	im Sinne eines, einer
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JR	Juristische Rundschau
Jur. Habil.	juristische Habilitation
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KakaoVO	Kakao-Verordnung
KuponStG	Kuponsteuergesetz
lke. Sp.	linke Spalte
MdB	Mitglied des Bundestages
M/D/H/Sch	Maunz/Dürig/Herzog/Scholz
Mitbestimmungsg (MitbG)	Mitbestimmungsgesetz
MK	Monopolkommission
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg (Band und Seite)
Parl. Rat	Parlamentarischer Rat
Parl. Staatssekretär	Parlamentarischer Staatssekretär
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PreisG	Übergangsgesetz über Preisbildung und Preisüberwachung (Preisgesetz)
rd.	rund
Rnr.	Randnummer
Rnrn.	Randnummern

S.	Seite(n)
sc.	scilicet
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
s.o.	siehe oben
SonderGA	Sondergutachten
Sten. Ber.	Stenographischer Bericht
s.u.	siehe unten
Tz.	Textziffer
Tzn.	Textziffern
u.a.	unter anderem
UStG	Umsatzsteuergesetz
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Band und Seite)
WiR	Wirtschaftsrecht (Beiträge und Berichte aus dem Gesamtbereich des Wirtschaftsrechts)
Wp.	Wahlperiode
WRV	Weimarer Reichsverfassung (Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer(n)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Band und Seite)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band und Seite)

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Abendroth, Wolfgang Das Grundgesetz. Eine Einführung
in seine politischen Probleme,
5. Aufl., Pfullingen 1975
- Achterberg, Norbert Bundesverfassungsgericht und Zurück-
haltungsgebote
- Judicial, political, processual,
theoretical self - restraints -
DöV 1977, S. 649 ff.
- ders. Die Bedeutung des Rechtsverhältnis-
ses für die Grundrechtssubjektivität
von Organisationen, in: Gedächtnis-
schrift für Friedrich Klein,
München 1977, S. 1 ff.
- Andreae/Seidenfus Mittelständische Industrie und Kartell-
frage, in: FIW (Heft 2), S. 9 - 75,
Köln, Berlin, Bonn, München 1962
- Arndt, Helmut Macht, Konkurrenz und Demokratie, in:
Grosser, Dieter, Konzentration ohne
Kontrolle, S. 23 ff.
- ders. Markt und Macht, 2. Aufl.,
Tübingen 1973
- von Arnim, Hans Herbert Gemeinwohl und Gruppeninteressen,
Frankfurt a.M. 1977
- Bachof, Otto Freiheit des Berufs, in: Bettermann/
Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte
III/1. 2. Aufl., Berlin 1972,
S. 155 ff.
- Badura, Peter Der Eigentumsschutz des eingerichteten
und ausgeübten Gewerbebetriebes,
AöR 98 (1973), S. 153 ff.
- ders. Die Rechtsprechung des Bundesverfas-
sungsgerichtes zu den verfassungsrecht-
lichen Grenzen wirtschaftspolitischer
Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat,
AöR 92 (1967), S. 382 ff.
- ders. Die soziale Schlüsselstellung des
Eigentums, BayVBl. 1973, S. 1 ff.
- ders. Die Verfassung als Auftrag, Richt-
linie und Grenze der wirtschafts- und
arbeitspolitischen Gesetzgebung,
Wirtschaftsrecht (Bd. 3) 1974, S. 1 ff.

- ders. Eigentum im Verfassungsrecht der Gegenwart, 49. DJT, Bd. II Teil T
- ders. Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JuS 1976, S. 205 ff.
- ders. Marktwirtschaftliche Freiheit im Verwaltungsstaat, in: FIW (Heft 93), S. 77 - 91
- ders. Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik, in: Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft (Festschrift für Ludwig Fröhler), Berlin 1980, S. 321 ff.
- ders. Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: von Münch/Badura, Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Berlin, New York 1979
- Badura/Rittner/Rüthers Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz (Gemeinschaftsgutachten), München 1977
- Bäumler, Helmut Hat die Investitionslenkung verfassungsrechtlich eine Chance?, DVBl. 1980, S. 625 ff.
- ders. Staatliche Investitionsplanung unter dem Grundgesetz, Diss. Jur., Heidelberg und Hamburg 1980
- Ball/Wissel Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen im Fusionskontrollverfahren, WuW 1980, S. 235 ff.
- Ballerstedt, Kurt Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III/1, 2. Aufl., Berlin 1972, S. 1 ff.
- Bartling, Hartwig Wirtschaftliche Macht und wettbewerbspolitischer Aspekt, Berlin 1971
- Baur, Jürgen F. Erkenntnisse neuerer Konzentrationsforschung im Zweiten Hauptgutachten der Monopolkommission, ZRP 1980, S. 64 ff.
- Benda, Ernst Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966
- Bethge, Herbert Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, S. 1 ff.

- Biedenkopf, Kurt H. Das Verhältnis von Staat und gesellschaftlichen Gruppen, in: FS für Kurt Ballerstedt, Berlin 1975, S. 13 ff.
- ders. Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbotes, BB 1956, S. 473 ff. und 974 f.
- ders. Kartellrecht und Ordnungspolitik, WuW 78, S. 101
- ders. Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Diss. jur., Heidelberg 1958
- Biedenkopf/Callmann/
Deringer Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957
- Bleckmann, Albert Allgemeine Grundrechtslehren, Köln, Berlin, Bonn, München 1979
- ders. Philosophie des Staates und der internationalen Beziehungen, Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre, erscheint demnächst
- ders. Subventionsrecht, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978
- ders. Zum materiellrechtlichen Gehalt der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes, DöV 1983, S. 129 ff.
- Böckenförde,
Ernst-Wolfgang Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Festgabe für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1972, S. 11 ff.
- ders. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff.
- Böhm, Franz Das Janusgesicht der Konzentration, in: Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft (Hrsg. Ernst-Joachim Mestmäcker), Baden-Baden 1980, S. 213 ff.
- ders. Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb, Ordo IV (1951), S. 21 ff.
- ders. Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Karlsruhe 1961, Bd. 1, S. 1 ff.

- ders. Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, SJZ 1946, S. 141 ff.
- ders. Recht und Macht, Sonderausgabe aus "Die Tatwelt" (Zeitschrift des Euckenbundes), Jahrgang X, Heft 3 und 4
- ders. Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz?, WuW 1956, S. 173 ff.
- ders. Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, Ordo X (1958), S. 162 ff.
- ders. Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen 1950 (= Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, S. 53 ff.)
- Boettcher/Hax/Kunze/
von Nell-Breuning/
Ortlieb/Preller Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung, Berlin 1968
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff. (Stand April 1980)
- Brandt, Willy Die Alternative, in: Die neue Gesellschaft (Sonderheft Mai 1969), S. 3 ff.
- Bryde, Brun-Otto Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982
- ders. Zentrale Wirtschaftspolitische Beratungsgremien in der Parlamentarischen Verfassungsordnung, Hamburg 1972
- Bull, Hans-Peter Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., Kronberg 1977
- Däubler, Wolfgang Das Grundrecht auf Mitbestimmung, Frankfurt a.M. 1973
- Degenhart, Christoph Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, Diss. jur., München 1976
- Demmer, Johannes Heinr. Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Regelungsbefugnis im Bereich des Wirtschaftsrechts, untersucht am Beispiel der Zusammenschlußkontrolle, Diss. jur., Köln 1974

- Denner, Hans-Ulrich Die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung, Diss. jur., München 1976
- Dittrich, Norbert Pressekonzentration und Grundgesetz, München 1971
- Duden, Konrad Entflechtung und Grundgesetz, in: FS für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 3 ff.
- Dürig, Günter Art. 9 Grundgesetz in der Kartellproblematik, NJW 1955, S. 729 ff.
- ders. Freizügigkeit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte II, Berlin 1954, S. 507 ff.
- ders. Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS für Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff.
- Duwendag, Dieter Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 59) Berlin 1976
- Emmerich, Volker Kartellrecht, 3. Aufl., München 1979
- Emmerich/Sonnenschein Konzernrecht, 2. Aufl., München 1977
- Enneccerus/Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechtes (Bd. I, 1. Halbbd.), 15. Aufl., Tübingen 1959
- Eucken, Walter Die Grundlagen der Nationalökonomie, 8. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1965
- ders. Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern und Tübingen 1952
- F.D.P. Wahlprogramm zur Wettbewerbspolitik, WuW 1980, S. 575 ff.
- Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, Berlin 1958
- Fischer, Rainer Konglomerate Konzentration und wettbewerbsrechtliches Marktmachtkonzept, WuW 1972, S. 567 ff.
- Forsthoff, Ernst Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: FS für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35 ff.

- Friauf, Karl Heinrich Zur Rolle der Grundrechte im Inter-
ventions- und Leistungsstaat,
DVBl. 1971, S. 674 ff.
- Füßlein, Rudolf Werner Vereins- und Versammlungsfreiheit,
in: Neumann/Nipperdey/Scheuner,
Die Grundrechte II, Berlin 1954,
S. 425 ff.
- Geiger, Willi Grundgesetzliche Schranken für eine
Kartellgesetzgebung, Köln und
Berlin 1955
- Gemper, Bodo B. Marktwirtschaft und soziale Verant-
wortung, Köln 1973
- Giersch, Herbert Allgemeine Wirtschaftspolitik,
Wiesbaden 1961
- Grabitz, Eberhard Freiheit und Verfassungsrecht,
Tübingen 1976
- Grosser, Dieter (Hrsg.) Konzentration ohne Kontrolle,
Köln und Opladen 1969
- Großfeld, Bernhard Aktiengesellschaft, Unternehmens-
konzentration und Kleinaktionär,
Tübingen 1968
- ders. Die politische Tragweite der Wett-
bewerbsproblematik, WuW 1968,
S. 719 ff.
- Grüner, Martin Äußerung des Parl. Staatssekretärs
beim BMWi zum Entflechtungsthema,
WuW 1980, S. 449
- Günther, Eberhard Die geistigen Grundlagen des so ge-
nannten Josten-Entwurfs, in: FS für
Franz Böhm, Tübingen 1975, S. 183 ff.
- ders. Zweieinhalb Jahre Antikartellpolitik
in Deutschland, in: Kartelle und
Monopole im modernen Recht (Bd. I),
Karlsruhe 1961, S. 77 ff.
- Gutmann/Hochstrate/
Schlüter Die Wirtschaftsverfassung der Bun-
desrepublik Deutschland, Stuttgart
1964
- Hablitzel, Hans Wirtschaftsverfassung und Grundge-
setz, BayVBl. 1981, S. 65 ff. und
100 ff.
- Häberle, Peter Die Wesensgehaltsgarantie des
Art. 19 II GG, 2. Aufl.,
Karlsruhe 1972

- ders. Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff.
- Hamann, Andreás Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953
- Hamel, Walter Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957
- Harms, Wolfgang Fusionskontrolle: Praxis, Novellierungspläne und kritische Würdigung, FIW (Heft 81), S. 43 ff.
- Hartmann, Gunther Zur Problematik einer gesetzlichen Beschränkung von Unternehmenskonzentration, FIW (Heft 7), Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Hartwich, Hans-Hermann Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln und Opladen 1970
- Hausmann, Helmut Stellungnahme für die F.D.P.-Bundestagsfraktion zur Frage eines Fusionsverbotes für Großunternehmen, WuW 1979, S. 369 ff.
- Herion, Wolfgang Selbständige Unternehmer und Wettbewerb, in: FS für Eberhard Günther, Baden-Baden 1976, S. 457 ff.
- Herzog, Roman Allgemeine Staatslehre, Frankfurt a.M. 1971
- ders. Grundrechte und Gesellschaftspolitik, in: Berliner FS für Ernst E. Hirsch, Berlin 1968, S. 63 ff.
- Hesse, Konrad Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, S. 427 ff.
- ders. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., Heidelberg und Karlsruhe 1980
- Hesse, Wolf-Ekkehard Zum Problem einer Entflechtungsregelung im deutschen Wettbewerbsrecht, WuW 1978, S. 756 ff.
- Hoppmann, Erich Fusionskontrolle, Tübingen 1972
- ders. "Neue Wettbewerbspolitik": Vom Wettbewerb zur staatlichen Mikrosteuerung, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 184 (1970), S. 404 ff.

- ders. Zum Schutzobjekt des GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe (Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), Bad Homburg v.d.H., Berlin und Zürich, S. 61 ff.
- Huber, Ernst-Rudolf Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (Teil II), DöV 1956, S. 135 ff.
- ders. Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, 1955
- ders. Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1953
- ders. Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1954
- Immenga, Ulrich Der Preis der Konzernierung, in: FS für Franz Böhm, Karlsruhe 1975, S. 253 ff.
- Ipsen, Hans Peter Diskussionsbeitrag innerhalb der Aussprache, VVDStRL 24, S. 222
- ders. Diskussionsbeitrag innerhalb der Aussprache, VVDStRL 35, S. 145 ff.
- ders. Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, Baden-Baden 1976
- Isensee, Josef Wirtschaftsdemokratie-Wirtschaftsgrundrechte-soziale Gewaltenteilung, Der Staat 1978, S. 161 ff.
- Jens, Uwe Probleme einer Entflechtungsregelung im deutschen Wettbewerbsrecht, WuW 1979, S. 264 ff.
- Jüttner-Kramny, Lioba Die Supermächtigen, WuW 1972, S. 553 ff.
- Kantzenbach, Erhard Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967
- ders. Industriestrukturpolitik durch verschärfte Konzentrationskontrolle, WuW 1976, S. 732 ff.
- ders. Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft (1. Bd.), Berlin 1971, S. 159 ff.
- Klaue, Siegfried (u. Bearb.) Zur Problematik der Fusionskontrolle, Frankfurt a.M. 1971

- Kloepfer, Michael Gesetzgebung im Rechtsstaat,
VVDStRL 40, S. 63 ff.
- ders. Grundrechte als Entstehungs-
sicherung und Bestandsschutz,
München 1970
- Köbler, Gerhard Juristisches Wörterbuch,
München 1979
- Kogon, Eugen Wirkungen der Konzentration auf
die Demokratie, in: Arndt, Die
Konzentration in der Wirtschaft
(2. Bd.), 2. Aufl., Berlin 1971,
S. 591 ff.
- Kraus/Heinze Völkerrechtliche Urkunden zur euro-
päischen Friedensordnung seit 1945,
Bonn 1953
- Krawielicki, Robert Kartellgesetz und Koalitionsfrei-
heit, DöV 1950, S. 857 ff.
- Kriele, Martin Diskussionsbeitrag innerhalb der
Aussprache, VVDStRL 35, S. 117 f.
- ders. Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz,
ZRP 1974, S. 105 ff.
- Krüger, Herbert Allgemeine Staatslehre, Stuttgart
1964
- ders. Die Bestimmung des Eigentumsinhal-
tes, in: Schack-FS, Hamburg 1966,
S. 71 ff.
- ders. Neues zur Freiheit der Persönlich-
keitsentfaltung und deren Schranken,
NJW 1955, S. 201 ff.
- ders. Sinn und Grenzen der Vereinbarungs-
befugnis der Tarifvertragsparteien
(Gutachten für den 46. Deutschen
Juristentag; Bd. I, 1. Teil)
München und Berlin 1966
- ders. Sozialisierung, in: Bettermann/
Nipperdey/Scheuner, Die Grundrech-
te III/1, 2. Aufl., Berlin 1972,
S. 266 ff.
- ders. Von der Reinen Marktwirtschaft zur
Gemischten Wirtschaftsverfassung,
Hamburg 1966
- Kübler, Friedrich Privatrecht und Demokratie, in:
FS für Ludwig Raiser, Tübingen 1974,
S. 697 ff.

- | | |
|--------------------------------|---|
| Kübler/Schmidt/Simitis | Mitbestimmung als gesetzgebungs-
politische Aufgabe, Baden-Baden
1978 |
| Küchenhoff, Erich | Besondere Schranken der Presse-
freiheit von Großverlegern, ZRP 1970,
S. 49 f. |
| Kunert, Wolfgang | Pressekonzentration und Verfassungs-
recht, Berlin 1971 |
| Kunst/Herzog/
Schneemelcher | Evangelisches Staatslexikon,
2. Aufl., Stuttgart und Berlin 1975 |
| Kunze, Thomas | Unternehmensrechtsreform und
Art. 9 Abs. 1 GG, Hamburg 1976 |
| Leibholz, Gerhard | Verfassungsrecht und Arbeitsrecht,
in: Leibholz/Hueck, Zwei Vorträge
zum Arbeitsrecht, München und
Berlin 1962, S. 21 ff. |
| Leibholz/Rinck | Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland (Kommentar an Hand der
Rechtsprechung des Bundesverfassungs-
gerichtes), 6. Aufl., Köln ab 1979 |
| Lenel, H. O. | Kartelle, Monopole, Konzentration
und freie Unternehmer, Die Aussprache
1962, S. 1 ff. |
| Lerche, Peter | Das Bundesverfassungsgericht und die
Verfassungsdirektiven - Zu den "nicht
erfüllten Gesetzgebungsaufträgen",
AöR 90 (1965), S. 341 ff. |
| ders. | Übermaß und Verfassungsrecht, Köln,
Berlin, München 1961 |
| ders. | Verfassungsfragen einer Neuordnung
der Mißbrauchsaufsicht auf der Grund-
lage des Regierungsentwurfs eines
Vierten Gesetzes zur Änderung des Ge-
setzes gegen Wettbewerbsbeschränkun-
gen, Düsseldorf 1979 |
| ders. | Verfassungsrechtliche Fragen zur
Pressekonzentration, Berlin 1971 |
| ders. | Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör",
ZZP 78 (1965), S. 1 ff. |
| Liesegang, Helmuth C.F. | Die verfassungsrechtliche Ordnung
der Wirtschaft, Diss. jur., Bochum,
veröffentlicht in der Schriftenreihe
zum Wirtschaftsverfassungsrecht und
Wirtschaftsverwaltungsrecht (Bd. 13),
Hamburg 1977 |
| Lukes, Rudolf | Wettbewerbsrecht und Konzentration, in:
Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft
(1. Bd.), Berlin 1971, S. 579 ff. |

- | | |
|-------------------------------|---|
| Lutter, Marcus | Unternehmensverfassung und Wettbewerbsordnung, BB 1975, S. 614 ff. |
| Mahlmann, Wilfried | Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, Diss. jur. (Münster), Köln, Berlin, Bonn, München 1971 |
| von Mangoldt/Klein | Das Bonner Grundgesetz (Kommentar), Bd. I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1957 |
| Martens, Hansjürgen | Zur Rechtsstellung des Apothekergewerbes nach Art. 12 GG, DVBl. 1956, S. 782 ff. |
| Martens, Wolfgang | Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969 |
| Maunz/Dürig/Herzog/
Scholz | Grundgesetz (Kommentar), Bd. I (Präambel - Art. 19), München 1958 ff. (Stand: September 1981) |
| dies. | dto., Bd. II (Art. 20 - 91b), München 1958 ff. (Stand: September 1981) |
| dies. | dto., Bd. III (Art. 92 - 146), dto. |
| Mestmäcker,
Ernst-Joachim | Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt a.M. 1966, S. 322 ff. |
| ders. | Macht-Recht-Wirtschaftsverfassung, ZHR 137 (1973), S. 97 ff. |
| ders. | Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: FS für Franz Böhm, Karlsruhe 1975, S. 383 ff. |
| ders. | Zur gesellschaftsrechtlich organisierten Berufsfreiheit, in: FS für Harry Westermann, S. 414 ff. |
| Möhring, Philipp | Entflechtungsmaßnahmen der EWG-Kommission bei Unternehmenskonzentration nach deutschem Recht, in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung (Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Heidelberg), Heidelberg 1967, S. 345 ff. |
| Möschel, Wernhard | Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1979 |
| ders. | Preiskontrollen über marktbeherrschende Unternehmen, JZ 1975, S. 393 ff. |

- ders. Wettbewerbsgesetz und Unternehmens-
entflechtung, Ordo Bd. 31 (1980),
S. 69 ff.
- Monopolkommission (MK) Anwendung und Möglichkeiten der Miß-
brauchsaufsicht über marktbeherr-
schende Unternehmen seit Inkrafttre-
ten der Kartellgesetznovelle, Sonder-
gutachten, Baden-Baden 1976
- dies. Fusionskontrolle bleibt vorrangig,
Hauptgutachten III (1978/79), Baden-
Baden 1980
- dies. Mehr Wettbewerb ist möglich, Haupt-
gutachten I (1973/74), Baden-Baden
1976
- dies. Mißbräuche der Nachfragemacht und
Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im
Rahmen des Gesetzes gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen, Sondergutach-
ten 7, Baden-Baden 1977
- dies. Fortschritte bei der Konzentrations-
erfassung, Hauptgutachten IV (1980/
81), Baden-Baden 1982
- dies. Wettbewerbliche und strukturelle
Aspekte einer Zusammenfassung von
Unternehmen im Energiebereich
(VEBA/Gelsenberg), Baden-Baden 1975
- Mühl, Otto Der Schutz mittelständischer Unter-
nehmen aus wirtschaftsverfassungs-
rechtlicher und wirtschaftsverwal-
tungsrechtlicher Sicht, in: FS für
Horst Bartholomeyczik, Berlin 1973,
S. 289 ff.
- Müller, Helmut Grundgesetz und Kartellverbot,
BB 1956, S. 972 ff.
- Müller-Volbehr, Jörg Das Soziale in der Marktwirtschaft,
JZ 1982, S. 132 ff.
- von Münch, Ingo Grundbegriffe des Staatsrechts (I),
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1979
- ders. (u. Bearb.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. I
(Präambel bis Art. 20), München 1975
- ders. (u. Bearb.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. III
(Art. 70 bis Art. 146), München 1978
- Nagel, Bernhard Fusion und Fusionskontrolle, in:
Handbuch des Wettbewerbs, München 1981,
S. 333 ff.

- von Nell-Breuning,
Oswald Konzentrationsprobleme im gesellschaftlichen Raum, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft (2. Bd.), Berlin 1971, S. 689 ff.
- Nipperdey, Hans-Carl Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, in: Recht, Staat und Wirtschaft, 3. Bd., Düsseldorf 1951, S. 223 ff.
- ders. Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, S. 211 ff.
- ders. Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann/Nipperdey, Die Grundrechte IV/2, Berlin 1962, S. 741 ff.
- ders. Grundrechte und Privatrecht (Eine Universitätsrede), in: FS für Erich Molitor, München und Berlin 1962, S. 17 ff.
- ders. Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz (Kartellrundschaue, Heft 2), 3. Aufl., Köln, Berlin, München, Bonn 1965
- ders. Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, Köln, Berlin, München 1960
- Noack, Harald Sozialstaatsklausel und juristische Methode (Diss. jur.), Baden-Baden 1975
- Oehler, Wolfgang Entflechtung und Kontrahierungszwang, Baden-Baden 1976
- ders. Rezension: Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, NJW 1982, S. 2549 f.
- Papier, Hans-Jürgen Fälle zum Wahlfach Wirtschaftsverwaltungsrecht, München 1976
- ders. Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35 (1977), S. 55 ff.
- Partsch, Karl Josef Die Verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, Ordo VI (1954), S. 19 ff.
- Passern, Wolfgang Die industrielle Kleinunternehmung in der Wirtschaftspolitik der Bundesrepublik Deutschland, in: FIW (Heft 2), S. 77 ff.

- Pawlowsky, Peter Konzentration als Voraussetzung wirtschaftlichen Wachstums, in: Salin/Stohler (Hrsg.), Notwendigkeit und Gefahr der wirtschaftlichen Konzentration, Basel und Tübingen 1969, S. 221 ff.
- von Pestalozza, Christian Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegungen in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat, 1963, S. 424 ff.
- Plaßmann, Jochen Wettbewerbspolitisches Leitbild, Freiheitsschutz und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1970, S. 779 ff.
- Purrucker, Stefan Probleme der Durchführung der Fusionskontrolle nach dem 2. Gesetz zur Änderung des GWB bei vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen in rechtsvergleichender Sicht - Die Entflechtung als Maßnahme gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. jur., Kiel 1974
- Raisch/Sölter/Kartte Fusionskontrolle - Für und Wider, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970
- Raiser, Ludwig Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, 39. DJT, Teil B 57
- ders. Die Zukunft des Privatrechts (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft, Heft 43), Berlin, New York 1971
- ders. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: FS Deutscher Juristentag (Bd. I), Karlsruhe 1960, S. 101 ff.
- Raiser, Thomas Das Unternehmen in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1979, S. 489 ff.
- Ramm, Thilo Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, 1965
- Rasch, Harold Neuere Entwicklungen im Konzernrecht, WuW 1955, S. 534 ff.
- Rehbinder, Eckard Schutzlücken bei der kartellrechtlichen Kontrolle von Marktmacht, ZHR 137 (1973), S. 527 ff.
- Reich, Norbert Markt und Recht, Neuwied und Darmstadt, 1977

- ders. Neue Tendenzen des Wirtschaftsrechts, BB 1973, S. 1449 ff.
- Reimers, Walter Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, Hamburg 1958
- Reißmüller, Heinz Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, Diss. jur., München 1960
- Ridder, Helmut K. J. Meinungsfreiheit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte II, Berlin 1954, S. 243 ff.
- ders. Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960
- Rinck, Cerd Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- Ritter, Ernst-Hasso Der Wandel der Wirtschaftspolitik und die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung des GWB, BB 1968, S. 1393 ff.
- Rittner, Fritz Begründungsdefizite im Mitbestimmungs-urteil des Bundesverfassungsgerichts? JZ 1979, S. 743 ff.
- ders. Wirtschaftsrecht, Heidelberg und Karlsruhe 1979
- Robert, Rüdiger Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik - Das Beispiel der Entstehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Berlin 1976
- Röpke, Wilhelm Menschen im Betrieb, Die politische Meinung Nr. 78 (1962), S. 41 ff.
- Rüfner, Wolfgang Diskussionsbeitrag innerhalb der Aussprache, VVDStRL 35, S. 154
- ders. Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, DVBl. 1976, S. 689 ff.
- Rupp, Hans-Heinrich Diskussionsbeitrag innerhalb der Aussprache, VVDStRL 30, S. 180
- ders. Freiheit und Partizipation, NJW 1972, S. 1537 ff.
- ders. Fusionskontrolle als Verfassungsauftrag, in: Tüchtfeldt, Egon (Hrsg.), Soziale Marktwirtschaft im Wandel, S. 91 ff., Freiburg 1973

- ders. Fusionskontrolle und Grundgesetz,
BB 1972, S. 1468 ff.
- ders. Grundgesetz und "Wirtschaftsverfas-
sung", Tübingen 1974
- ders. Verfassungsrecht und Kartelle, in:
Mestmäcker, Ernst-Joachim, Wettbewerb
als Aufgabe - Nach zehn Jahren Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968,
S. 187 ff.
- Rupp - von Brünneck,
Wiltraut Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer
Personen, in: Festschrift für Adolf
Arndt, Frankfurt a.M. 1969, S. 349 ff.
- Saladin, Peter Grundrechte im Wandel, Bern 1970
- ders. Unternehmen und Unternehmer in der
verfassungsrechtlichen Ordnung der
Wirtschaft, VVDStRL 35 (1977),
S. 7 ff.
- Salin/Stohler/
Pawlowsky Notwendigkeit und Gefahr der wirt-
schaftlichen Konzentration,
Tübingen 1969
- Sandrock, Otto Grundbegriffe des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen,
München 1968
- Satzky, Horst Zusagen im Rahmen der Zusammenschuß-
kontrolle, ZHR 141 (1977), S. 554 ff.
- Seegers, Hermann Das in § 1 GWB enthaltene "Kartell-
verbot" und das Grundrecht der Verei-
nigungsfreiheit (Art. 9 GG), Diss. jur.,
Frankfurt a.M. 1960
- Selmer, Peter Unternehmensentflechtung und Grundgesetz
(Verfassungsrechtliche Probleme einer
allgemeinen Entflechtungsermächtigung),
Köln, Berlin, Bonn, München 1981
- Smend, Rudolf Bürger und Bourgeois im deutschen
Staatsrecht, in: Staatsrechtliche Ab-
handlungen, S. 309 ff., 2. Aufl.,
Berlin 1968
- Sonnenschein, Jürgen Organschaft und Konzerngesellschafts-
recht, Baden-Baden 1976
- Scheuner, Ulrich Die Funktion der Grundrechte im Sozial-
staat, DöV 1971, S. 505 ff.
- ders. Die staatliche Einwirkung auf die
Wirtschaft (Wirtschaftsrechtliche Auf-
sätze 1946 bis 1970), Frankfurt a.M.
1971

- ders. Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11 (1954), S. 1 ff.
- ders. Diskussionsbeitrag innerhalb der Aussprache, VVDStRL 20, S. 126
- ders. Verfassungsrechtliche Grundlagen der staatlichen Wirtschaftspolitik, 1963
- Schmidt, Ingo US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973
- Schmidt, Reiner Rezension: Rupp, Hans Heinrich, Grundgesetz und "Wirtschaftsverfassung", AöR 104 (1979), S. 638 ff.
- ders. Wirtschaftspolitik und Verfassung, Baden-Baden 1971
- Schmidt-Bleibtreu/Klein Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1980
- Schmidt-Preuß, Matthias Verfassungsrechtliche Zentralfragen staatlicher Lohn- und Preisdirigismen, Baden-Baden 1977
- Schneider, Hans K. Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft (1. Bd.), 2. Aufl., Berlin 1971, S. 437 ff.
- Schneider, Hans-Peter Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung - Zur Funktionsgerechtigkeit von Kontrollmaßstäben und Kontrolldichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, NJW 1980, S. 2103 ff.
- Schneider, Peter Die politische Funktion und Aufgabe der Verbände, in: FS für Erich Fechner, Tübingen 1973, S. 25 ff.
- ders. In dubio pro libertate, in: FS zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages (Bd. 2), Karlsruhe 1960, S. 263 ff.
- Scholz, Rupert Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, AöR 100 (1975), S. 80ff.
- ders. Entflechtung und Verfassung, Baden-Baden 1981

- ders. Kartellrechtliche Preiskontrolle
als Verfassungsfrage, ZHR 141 (1977),
S. 520 ff.
- ders. Koalitionsfreiheit als Verfassungs-
problem, München 1971
- ders. Konzentrationskontrolle und Grundge-
setz, Stuttgart 1971
- ders. Paritätische Mitbestimmung und Grund-
gesetz (Schriften zum Öffentlichen
Recht, Bd. 257), Berlin 1974
- ders. Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand,
ZHR 132 (1969), S. 97 ff.
- ders. Wirtschaftsaufsicht und subjektiver
Konkurrentenschutz (Schriftenreihe
zum öffentlichen Recht, Bd. 141),
Berlin 1971
- Schulte-Braucks,
Reinhard Die Auflösung marktbeherrschender
Stellungen, Baden-Baden 1980
- Schumacher, Harald Die Entflechtung von Großunternehmen,
Wirtschaftsdienst 1977, S. 619 ff.
- Schwerdtfeger, Gunther Mitbestimmung und Grundgesetz, Hamburg
1972
- ders. Zur Verfassungsmäßigkeit der paritä-
tischen Mitbestimmung, Heidelberg
und Hamburg 1978
- Stein, Ekkehart Staatsrecht, 7. Aufl., Tübingen 1980
- ders. Vermögenspolitik und Grundrechte
(Schriftenreihe des Bundesministers
für Arbeit und Sozialordnung, Heft 21),
Stuttgart, Köln, Berlin, Mainz 1974
- Steindorff, Ernst Zur Novellierung des Kartellrechts,
BB 1970, S. 824 ff.
- Steinmann, Horst Das Großunternehmen im Interessen-
konflikt, Stuttgart 1969
- Stern, Klaus Diskussionsbeitrag innerhalb der
Aussprache, VVDStRL 35, S. 152 ff.
- ders. Das Staatsrecht der Bundesrepublik
Deutschland (Bd. I), München 1977
- Stober, Rolf Rechtsfragen zur Massentierhaltung,
Königstein/Taunus 1982
- ders. Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl.,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1980

- Strickrodt, Georg Zur Präzisierung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte in der Kartelldebatte, WuW 1956, S. 575
- ders. Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung, NJW 1955, S. 1697 ff.
- Tettinger, Peter J. Neuer Streit um die "Wirtschaftsverfassung"?, BB 1977, S. 1617 ff.
- ders. Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, München 1980
- Teubner, Gunther Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, Tübingen 1978
- Thiele, Willi Konzentration - ein wirtschaftsverfassungsrechtliches Problem, JR 1977, S. 144 ff.
- ders. Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1974
- Über, Giesbert Freiheit des Berufs, Hamburg 1952
- Vogel, Arnulf Die Beeinflussung der Unternehmenskonzentration durch das Steuerrecht, Diss. jur., Göttingen 1964
- Weber, Max Wirtschaft und Gesellschaft (1. Halbbd.)
- Weber, Rolf H. Mitbestimmung - Sprengkörper der Verfassungsstruktur? AöR 104 (1979), S. 521 ff.
- Weber, Werner Die Verfassungsrechtlichen Grenzen Sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 4 (1965), S. 409 ff.
- Wertenbruch, Wilhelm Die rechtliche Einordnung wirtschaftlicher Verbände in den Staat, in: Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin, Heidelberg, New York 1967, S. 614 ff.
- Wiethölter, Rudolf Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: FS für Franz Böhm (1965), S. 41 ff.
- Wolff, Martin Reichsverfassung und Eigentum, in: FS für W. Kahl, Tübingen 1923

Zacher, Hans F.

Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung (FS für Franz Böhm), Karlsruhe 1965

ders.

Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland (Jur. Habil. 1961/62), Berlin 1980

Zweigert, Kurt

Das neue Kartellgesetz, DVBl. 1958, S. 625 ff., 733 ff., 783 ff.

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	S.
I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	1
II. Geschichtliche Entwicklung der Maßnahmen gegen Unternehmenszusammenschlüsse in Deutschland	11
III. Die rechtstechnische Bewältigung der Unternehmensentflechtung im einzelnen unter besonderer Berücksichtigung des Vorschlages der Monopolkommission	20
1. Die Eingriffsvoraussetzungen	21
2. Der Gegenstand von Entflechtungsmaßnahmen	24
3. Die verfahrensmäßige Durchführung	25
a) Die Verkaufslösung	25
b) Entflechtung durch Unternehmensausgründung und Umschichtung von Anteilsbesitz	25
IV. Der verfassungsrechtliche Argumentationsrahmen	27
1. Fragestellung:	
Erfordert das Grundgesetz angesichts eines fortgeschrittenen Konzentrationsprozesses die Einführung von generellen Entflechtungsnormen?	31
a) Verfassungsrechtliches per-se-Verbot von Unternehmenskonzentration und Entflechtungsgebot wegen Grundrechtsbeeinträchtigungen von Lieferanten, Wettbewerbern und Konsumenten durch marktbeherrschende Unternehmen (Drittwirkungslehren)	31
aa) Die unmittelbare Drittwirkung des Art. 9 III Satz 2 GG	32

	S.
bb) Die allgemein geltende unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte	35
(1) Grundrechte als subjektive öffent- liche Abwehrrechte auch gegen Private	37
(2) Grundrechte als objektives Rechts- prinzip oder institutionelle Garantie	39
(3) Partielle Geltungskraft der Grund- rechte im Privatrechtsverkehr für große, mächtige Unternehmen durch Gleichstellung dieser (privaten) Macht mit der öffentlichen Gewalt i.S.d. Art. 19 IV GG	40
cc) Die mittelbare Drittwirkung der Grund- rechte	45
b) Aus dem Grundgesetz ableitbarer "Gesetz- gebungsauftrag" zur Verhinderung bzw. Beseitigung wirtschaftlicher Konzentration durch Unternehmensentflechtungen	47
aa) Methodisch-dogmatischer Ansatz für einen "Gesetzgebungsauftrag" aus den Grund- rechten in Verbindung mit dem Sozial- staatsprinzip	48
(1) Grundrechtstheorie als Ausgangs- punkt und Entscheidungshilfe	48
(2) Abkehr vom alt-liberalen Grund- rechtsverständnis oder Bejahung der Drittwirkung als Alternative	52

- (3) Verpflichtungskraft und inhaltliche Bestimmtheit eines verfassungsrechtlichen Gesetzbefehls 55
- (4) Die Rolle des Sozialstaatsprinzips als dogmatischer Katalysator der Grundrechte im nicht-staatlichen Bereich 60
- (5) Art. 14 II GG als methodisch-dogmatischer Beleg für einen Gesetzbefehl 65
- bb) Die einzelnen Verfassungsaussagen aus dem Grundrechtskatalog und dem Sozialstaatsprinzip, die eine Beseitigung von wirtschaftlicher Konzentration erforderlich machen können (grundrechtliche Kollisionsnormen privater, wirtschaftlicher Macht) 67
 - (1) Die "Wirtschaftsverfassung" des Grundgesetzes als Auftraggeber des Gesetzgebers 67
 - (2) Durch Unternehmenskonzentration im einzelnen betroffene Grundrechte von Lieferanten, Konsumenten, Wettbewerbern und Arbeitnehmern (konkret-wirtschaftsordnende Entscheidungen im Grundrechtskatalog) 73
 - (a) Verdrängung kleiner und mittlerer Unternehmen vom Markt 81

- (aa) Beeinträchtigung der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere in Gestalt der Wettbewerbsfreiheit als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) oder der Gewerbefreiheit i.e.S., geschützt durch die speziellen Freiheitsgewährleistungen der Art. 12 I, 14 I GG 82
- (bb) Beeinträchtigung der negativen Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 I GG 89
- (cc) Schutz mittelständischer Unternehmen als Institution im Wirtschaftsverfassungsrecht 91
- (b) Beeinträchtigung der allgemeinen Unternehmensfreiheit / wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit (Wettbewerbsfreiheit als Produktions- und Preisfreiheit) durch den Anpassungszwang im Hinblick auf die unternehmerischen Aktionsparameter 94
- (c) Verringerung der Wahl- und Vergleichsmöglichkeiten bei Konsumenten (Konsumfreiheit) und Lieferanten (allgemeine Unternehmensfreiheit/Gewerbefreiheit i.w.S.) 99
- (d) Schutz der Privatautonomie als Institution 103

(e) Schutz der Unternehmer - Eigentümer vor einer weiteren Mediatisierung und Relativierung des Eigentums	104
(f) Sachfremde Bevorzugung des Monopolunternehmens in der Wirtschaftspraxis und damit Betroffensein des Art. 3 I GG	109
(g) Beeinträchtigung der Grundrechte von Arbeitnehmern mächtiger Groß- und Größtunternehmen	111
(3) Das Sozialstaatsprinzip als Tätigkeitsappell an den Gesetzgeber	114
(a) Klassische und neue Felder sozialstaatlicher Tätigkeiten	114
(b) Das Sozialstaatsprinzip als Ausdruck eines gewandelten Staatsverständnisses: Ermächtigung und Verpflichtung des Staates zur Gestaltung des sozialen und wirtschaftlichen Lebens	115
(c) Die materiellen Ziele des Sozialstaatsprinzips	116
(aa) Fortschritt zur sozialen Gerechtigkeit	117
(bb) Machtintegration in Staat und Gesellschaft	118
(cc) Freiheits- und Gleichheitssicherung	120

(dd) Gefahren einer Begründung von Entflechtungsmaßnahmen aus dem Sozialstaatsprinzip und daraus ableitbare dis- kretionäre Gesetzgebung im Bereich sozialstaatlich beeinflußter Tätigkeits- felder	122
cc) Gesetzgebungsauftrag zur Entflechtung von Unternehmen aus der Kompetenznorm des Art. 74 Nr. 16 GG	127
dd) Das Macht-/Entmachtungsargument im Hinblick auf das Freiheits- und Demokra- tieprinzip des Grundgesetzes (Beein- trächtigung einer funktionstüchtigen parlamentarischen Demokratie durch wirtschaftlich und mithin politisch mächtige Unternehmen)	132
(1) Direkte Ausübung politischer Macht durch große Unternehmen	135
(2) Indirekte Ausübung politischer Macht (Lobbyismus)	138
(3) Interdependenz und Homogenität von gerechter Wirtschaftsordnung und funktionierender Demokratie	139
(4) Konsequenzen und Therapievorschläge zur Beseitigung demokratiefeindli- cher privater Macht	141
ee) "Entflechtungsauftrag" und Sozialisie- rungsermächtigung (Art. 15 GG)	144
Zusammenfassung (IV. 1. Fragestellung)	147

2. Fragestellung:

Welche Verfassungsnormen bilden den Maßstab für staatliche Unternehmensentflechtungen?	149
a) Allzu dirigistische Störung eines verkehrswirtschaftlichen Ordnungssystems und damit Verletzung eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ordnungszusammenhanges (Einwand der Wirtschaftsverfassung)	150
b) Die Grundrechte im einzelnen als Schranken einer staatlichen Unternehmensentflechtung	151
aa) Allgemeine Ausgangspunkte der Grundrechtsprüfung	151
(1) Grundrechtsgeschützte Adressaten der Unternehmensentflechtung	151
(2) Durchführung und Mechanismen der Unternehmensentflechtung im Hinblick auf ihre grundrechtliche Relevanz	153
(3) Verfassungsrechtliche Bezüge der Eingriffsvoraussetzungen (Struktur- und Mißbrauchsentflechtung)	156
(4) Die Grundrechtsfähigkeit zu entflechtender Unternehmen	157
(5) Gesetzgeberische Zwecke und Ziele der Unternehmensentflechtung jeweils im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Positionen für eine allgemeine Unternehmensentflechtung	163
(a) Grundrechtliche Kollisionsnormen	164
(b) Die besondere Funktion des Art. 14 II GG	166

	S.
(c) Das Sozialstaatsprinzip	166
(d) Die Kompetenznorm des Art. 74 Nr. 16 GG	167
(e) Das Freiheits- und Demokratie- prinzip	167
(f) Die Sozialisierungsermächtigung (Art. 15GG)	168
bb) Die Grundrechte im einzelnen	169
(1) Die Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG	169
(a) Die Grundrechtssubjekte und ihre Grundrechtsfähigkeit im Hinblick auf die jeweils be- troffene Vermögensposition	171
(b) Die verschiedenartige Durchführung von Unternehmensentflechtungen im Hinblick auf Art. 14 GG	174
(c) Art. 14 GG und die Eingriffsvor- aussetzungen eines Entflechtungs- gesetzes	175
(d) Gesetzgeberische Zwecke und Ziele im Hinblick auf Art. 14 GG	176
(e) Entflechtung als Inhaltsbestimmung, Sozialbindung oder Enteignung	178
(2) Die Freiheit der Berufswahl und -aus- übung des Art. 12 I GG	183
(3) Die Vereinigungs- und Koalitionsfrei- heit aus Art. 9 I und III GG	186

	S.
(a) Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG	186
(b) Die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG	186
(4) Die allgemeine wirtschaftliche Handlungs- und Vertragsfreiheit	189
(5) Der Gleichheitssatz des Art. 3 I GG	191
c) Die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen an ein Entflechtungsgesetz	192
aa) Der Grundsatz der Normklarheit und -bestimmtheit	192
bb) Die Problematik von Rückwirkung und Vertrauensschutz	196
cc) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	200
dd) Das Gebot der Rationalität und System- gerechtigkeit	213
ee) Das Erfordernis grundrechtsadäquater Organisations- und Verfahrensregelung	217
Zusammenfassung (IV. 2. Fragestellung)	220
3. Verfassungsrechtlicher Tätigkeitsappell und verfas- sungsrechtliche Grenzen im Spannungsfeld zwischen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit und verfas- sungsgerichtlicher Kontrollkompetenz	222

I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

"Da es für den modernen Staat nicht eine überirdische oder irdische Offenbarung und ihre Verkünder sein können, von denen seine Hierarchie Stellung und Gehalte bezieht, beides vielmehr von der Gesellschaft in Selbständigkeit und Spontaneität aus sich herauszusetzen ist, muß die Gesellschaft als ein Bereich der hervorbringenden Freiheit begriffen werden."

Mit diesem Satz beschreibt Herbert Krüger in seiner Allgemeinen Staatslehre (1) die Funktion, die der Gesellschaft zur Heranbildung eines sie repräsentierenden Staates zukommt. Unter den Modellen, mittels derer die Gesellschaft die ihr so übertragene Funktion ausfüllen kann, "nimmt heute tatsächlich und ideologisch der Wettbewerb eine beherrschende Stellung ein." (2)

Dabei wohnt dem Modell Wettbewerb jedoch die Tendenz inne, in letzter Konsequenz eine den eigenen Systemvorstellungen widersprechende Ordnung hervorzubringen. Denn der Wettbewerb gibt seinen Teilnehmern gerade die Instrumentarien durch Gewährung grundrechtlich geschützter Freiheiten in die Hand, die es ihnen ermöglichen, andere Wettbewerbsteilnehmer als Konkurrenten zu verdrängen, indem diese in einem - bis zu einem gewissen Grade gewollten - Ausleseverfahren aus dem Wettbewerb ausscheiden oder sich wirtschaftlich gezwungen sehen, sich dem mächtigen Konkurrenten anzuschließen (3). Im Bereich der Wirtschaft ist dieses Phänomen mit dem Schlagwort "Konzentration" umschrieben, das die zwei typischen Prozesse von Unternehmenswachstum beinhaltet, die herkömmlich durch die Attribute "Extern" und "Intern" unterschieden werden (4).

(1) S. 454

(2) aaO. S. 455

(3) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 32, bezeichnet diesen Vorgang als "Paradoxie der freien Wettbewerbswirtschaft"; ähnlich: Saladin, Grundrechte im Wandel, S. 404 f.

(4) zu der Schwierigkeit, den überaus komplexen Sachverhalt "Konzentration" zu definieren: Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 3 m.w.N. in Fn. 13

Dabei vollzieht sich das interne Unternehmenswachstum bis zur marktbeherrschenden Stellung allein durch betriebstechnische und betriebswirtschaftliche Leistungen, während externe Wachstumsprozesse die Zusammenfassung mehrerer etwa gleichwertiger oder die Übernahme von kleineren durch größere Unternehmen beinhalten. Darüber hinaus kann sich Konzentration in der Wirtschaft durch langfristige vertragliche Bindungen zwischen mehreren Unternehmen sowie durch Kapitalbeteiligungen an fremden Unternehmen und durch den daraus folgenden Einfluß auf deren Marktverhalten vollziehen (1).

Der mögliche innere Widerspruch der freien Marktwirtschaft wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, daß nach diesem Modell nur der Beste überleben darf, dieser "jedoch vom gleichen Augenblick an, an dem er sich als Bester erwiesen hat, nicht mehr Bester bleiben können (würde), ja vielleicht sogar einen schnellen und tiefen Leistungsabfall zeigen würde, weil er der Konkurrenz entbehrt"(2). "Damit liefern die Unternehmen den Gegnern unserer marktwirtschaftlichen Ordnung die Argumente, mit denen diese die Abschaffung des derzeitigen Wirtschaftssystems fordern. Letztlich wird somit der Fortbestand unserer freiheitlichen Wirtschaftsordnung von der Bewältigung des Konzentrationsproblems abhängen, weil diese Wirtschaftsordnung sonst ihre Funktionsfähigkeit verliert und ihren Gegnern den entscheidenden Anlaß für ihre Beseitigung geben wird." (3)

- (1) Rinck, Wirtschaftsrecht, Rnr. 728; Vgl. zur Definition "Unternehmenskonzentration" weiterhin: Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 169 und Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 3 ff. m.w.N.
- (2) Krüger, Staatslehre, S. 459
- (3) Sonnenschein, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 18 f.; ähnlich: Schneider, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Band, S. 437

Nach wie vor verstärkt sich jedoch auch in der Bundesrepublik Deutschland die Welle der Unternehmenskonzentration. Seit 1954 ist ein stetiges Steigen der Konzentration zu verzeichnen, das fast alle Wirtschaftszweige erfaßt. So ermittelte die Monopolkommission eine deutliche Steigerung des durchschnittlichen Umsatzanteiles der zehn größten Unternehmen innerhalb der verschiedenen Wirtschaftszweige von 42,3 % im Jahre 1975 auf 43,7 % im Jahre 1977 (1).

Besonders signifikant ist Stand und Entwicklung der Konzentration im Bereich von Großunternehmen. Bei der entsprechenden Untersuchung geht die Monopolkommission von den 100 nach dem Umsatz größten deutschen Unternehmen aus. Diese "100 Größten" erzielten 1978 einen Gesamtumsatz von rd. 564 Milliarden DM (1976: 510 Milliarden DM; 1974: 456 Milliarden DM; 1972: 327 Milliarden DM). Damit entfallen vom Umsatz der Gesamtwirtschaft 24,2 % (1976: 24,4 %; 1974: 24,6 %; 1972: 21,7 %) auf die "100 Größten" (2).

Innerhalb dieses Kreises verzeichneten die Unternehmen an der Spitze der Rangliste ein deutlich stärkeres Wachstum als die übrigen Unternehmen. Der Anteil der ersten 6 Unternehmen am Gesamtumsatz der "100 Größten" stieg seit 1972 von 19,8 % auf 23,3 % im Jahre 1978 an (3). Im Geschäftsjahr 1980 erzielte die VEBA AG, das größte deutsche Industrieunternehmen, einen Umsatz von mehr als 41 Milliarden DM. Der Energie- und Chemiekonzern überschritt damit als erstes deutsches Unternehmen die 40-Milliarden-DM-Marke (4).

Aufschlußreich sind auch die Verflechtungen der "100 Größten" untereinander und mit anderen Unternehmen: Durch Anteilsbesitz an 5700 anderen Gesellschaften im Inland bestanden für die "100 Größten" 1978 Verflechtungen außerhalb ihres Kreises (5).

(1) HauptGA III Tz. 40

(2) aaO. Tz. 296 bis 298

(3) aaO. Tz. 299 bis 301

(4) FAZ vom 18. Mai 1981, Nr. 114, S. 13

(5) MK HauptGA III Tz. 63

Verflechtungen innerhalb des Kreises der "100 Größten" ergeben sich vor allem aus der Beteiligung an Gemeinschaftsunternehmen, als die solche Unternehmen gezählt werden, an denen mindestens zwei der "100 Größten" beteiligt sind. Hier zeigt sich, daß

- 29 Großunternehmen mit 1 bis 10 Großunternehmen
- 15 Großunternehmen mit 11 bis 20 Großunternehmen
- 11 Großunternehmen mit 21 bis 30 Großunternehmen
- 8 Großunternehmen mit 31 bis 40 Großunternehmen
- 2 Großunternehmen mit 41 bis 50 Großunternehmen

über Gemeinschaftsunternehmen verbunden sind (1). Darunter ist die VEBA AG mit Beteiligungen an 151 Gemeinschaftsunternehmen Anteilseigner an 46 % aller Großunternehmen (2).

Durch eine immer weiter fortschreitende Konzentration kann schließlich ein Zustand erreicht werden, wo Wettbewerb als Ordnungsidee einer freien Verkehrswirtschaft nicht mehr stattfindet. "Ein solches Ergebnis wäre eine Zentralverwaltungswirtschaft mit gleichsam umgekehrten, d.h. privaten, Vorzeichen"(3). Ziel dieser Arbeit ist es, darzulegen, wie wirtschaftliche Konzentrationsprozesse möglicherweise eine Verfassungswirklichkeit schaffen können, die mit der Verfassung nicht mehr vereinbar ist, mit welchen Verfassungsnormen also übergroße Unternehmensmacht und eingeschränkter bzw. beseitigter Wettbewerb kollidieren können (4). Andererseits soll untersucht werden, welche Grenzen das Grundgesetz, insbesondere die wirtschaftlichen Grundrechte des Unternehmers, solchen Maßnahmen setzt, die der Staat anwenden könnte, um marktbeherrschende Stellungen von Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüssen durch Entflechtungen aufzulösen (5).

(1) aaO. Tz. 381 bis 383

(2) aaO. Tz. 65

(3) Thiele JR 1977, 144 (146)

(4) sub IV.1., S. 39 ff.

(5) sub IV.2., S. 149 ff.

Dabei sollen staatliche Entflechtungsmaßnahmen sowohl unter wettbewerbspolitischen, als auch unter gesellschaftspolitischen Zielsetzungen (1) einer verfassungsrechtlichen Betrachtung unterzogen werden, obgleich letztere bei der konzentrationskontrollpolitischen Gesetzgebung und bei dem Vorschlag der Monopolkommission - jedenfalls in der offiziellen Begründung (2) - keine Rolle spielen. Gesellschaftspolitische Zielsetzungen werden jedoch in der rechtspolitischen Diskussion durchaus angesprochen (3).

Eine nicht mehr allein wettbewerbspolitisch motivierte Unternehmensentflechtung verändert aber nicht nur die Eingreifvoraussetzungen (so wäre hier etwa die absolute Unternehmensgröße denkbar, während es bei einer ausschließlich wettbewerbspolitisch motivierten Unternehmensentflechtung stets auf die Wettbewerbsschädlichkeit bzw. -unüblichkeit dieser absoluten Unternehmensgröße ankäme) (4), sondern legt auch die Frage nahe, ob Entflechtungsregelungen mit gesellschaftspolitischer Zielsetzung ihren Standort noch in einem "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen " haben könnten (5).

- (1) Insoweit sollen auch solche Untersuchungen angestellt werden, die der Vorschlag der Monopolkommission zunächst nicht nahelegt. Vgl. unten S. 22
- (2) HauptGA III, Tz. 708; Vgl. demgegenüber aber Begr. z. RegE eines 2. Gesetzes zur Änderung des GWB, BT-Drucks. VI (1971) 2520, S. 16 (lke. Sp.) "Für die Einführung einer vorbeugenden Zusammenschlußkontrolle sprechen ... zwingende wirtschafts- und gesellschaftspolitische Gründe ... In gesellschaftspolitischer Sicht zerstören übermäßige Ballungen wirtschaftlicher Macht die Grundlage unserer freiheitlichen Ordnung. Politische Demokratie und Marktwirtschaft sind ohne Dezentralisierung der Macht nicht denkbar."
- (3) MK aaO. Tz. 702 ff.; Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 19 ff.; Reich, BB 1973, 1449 (1454f.); Ingo Schmidt, S.37; sehr nachdrücklich auch Großfeld, WuW 1968, 719 ff. mit Belegen aus der Entstehungsgeschichte des GWB, insbesondere einer Äußerung des damaligen BMWi Erhard in der 1. Lesung im Bundestag (S. 726); Kantzenbach, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Band, S. 159 (172 ff.)
- (4) Scholz aaO. S. 19; MK aaO. Tz. 703
- (5) insoweit mit Bedenken Harms, FIW Heft 81, S. 43 (74); Möschel, Entflechtungen, S. 43 f.; Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 23

Im folgenden soll unter Entflechtung jeder Eingriff in den personellen oder sachlichen Bestand eines Unternehmens verstanden werden, der die Loslösung von Teilen eines Unternehmens aus der Unternehmenseinheit, die Auflösung eines Unternehmens unter gleichzeitiger Bildung neuer kleinerer Unternehmen aus den Teilen der bisherigen Einheit oder die Beseitigung personeller Verflechtungen zwischen mehreren Unternehmen zum Ziel hat (1), wobei es zunächst unerheblich ist, ob sich dieser Eingriff gegen ein Unternehmen richtet, das durch internes, oder auf ein solches zielt, das durch externes Wachstum die Voraussetzungen geschaffen hat, Gegenstand von Entflechtungsmaßnahmen zu werden.

Es ist sofort einsichtig, daß solche Maßnahmen in grundrechtlich gewährleistete Freiheitsräume der betroffenen Unternehmer eingreifen. Andererseits dienen sie gleichzeitig dazu, solche Freiheitsräume dort offenzuhalten, wo die Wettbewerbswirtschaft übermächtige Unternehmen hervorgebracht hat, die ihrerseits freiheitsbedrohend wirken können. Der Wettbewerb soll durch sie in seinen wirtschaftspolitischen und gesellschaftspolitischen Aufgaben funktionstüchtig erhalten bzw. gemacht werden (2). Es geht um die Vorbeugung gegenüber der Entstehung von Macht und um die Verringerung vorhandener Macht durch Aufspaltung, denn letztlich darf niemand mehr oder weniger Macht besitzen als notwendig ist, um die (grundgesetzlich) (3) angestrebte Ordnung zu verwirklichen (4).

- (1) zu dieser Definition s. Jens, WuW 1978, 264 (265); ähnlich Möschel, Entflechtungen, S. 3; Oehler, Entflechtungen und Kontrahierungszwang, S. 92
- (2) Diese Zielsetzung gilt für Maßnahmen der Fusionskontrolle (und mithin wohl auch für Entflechtungen). Vgl. Begr. zum RegE, BT-Drucks. VI (1971)/2520, S. 14 ff. und die Zustimmung des Ausschußberichtes, BT-Drucks. VII (1973)/765, S. 7 f.
- (3) Der Hinweis innerhalb der Klammer stammt vom Verfasser.
- (4) Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 376

Dabei wird zu überprüfen sein, ob der Vorwurf Isensees berechtigt ist, der in einem Referat über Wirtschaftsdemokratie, Wirtschaftsgrundrechte und soziale Gewaltenteilung bei der heutigen Staatsrechtslehre die Neigung diagnostiziert, bei der Auslegung der Grundrechte zweierlei Maß anzulegen: "Während sie die Grundrechte der politischen Teilhabe, der intellektuellen Kommunikation und des Schutzes der Privatsphäre sensibel auf optimale Verwirklichung hin interpretiert, ist sie versucht, die wirtschaftlichen Grundrechte (...) eher herunterzuspielen, zu minimalisieren und jedem staatlichen Eingriff zu öffnen. Diese Beobachtung läßt sich vor allem anhand der Eigentumsgarantie verifizieren. Sie gilt überhaupt für Grundrechte des Unternehmers." (1)

Gerade bei der Gesetzgebung im Bereich der Konzentrationskontrolle liegt zwischen Strukturpolitik, Investitionslenkung, Planung und Machtumverteilung einerseits und dirigistischer Wirtschaftsform andererseits nur ein schmaler Grad (2). Bereits 1972 - vor der Einführung der Fusionskontrolle durch die zweite GWB-Novelle - hat Rupp (3) gewarnt: "Eine grundgesetzkonforme Zusammenschlußkontrolle muß sich auf typische, den Wettbewerb beeinträchtigende Gefährdungstatbestände beschränken und so angelegt sein, daß staatliche Politik vor der Versuchung bewahrt bleibt, nach eigenem Ermessen zu bestimmen, ab wann ein Zusammenschluß der Marktwirtschaft widerspricht." Andererseits gilt als nahezu gesichertes Erkenntnis, daß die Konzentration ohne staatliche Intervention immer weiter voranschreitet und schließlich zur Denaturierung des Prinzips Wettbewerb in einer marktwirtschaftlichen Ordnung führt, denn "Monopolrenten tun nicht weh und das Dasein im Wettbewerb erzeugt keine Glücksgefühle" (4).

(1) Der Staat 1978, S. 173

(2) Harms, FIW Heft 83, S. 43 ff. (77)

(3) BB 1972, 1468

(4) Böhm, Das Janusgesicht der Konzentration, in: Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, S. 215 f.

Die Hauptschwierigkeit dieser Arbeit, die versuchen will, auf konzentrationsrechtliche Fragen, die herkömmlich überwiegend dem Zivilrecht zugeordnet werden, Antworten aus dem Verfassungsrecht zu geben, wird darin liegen, eine Grenze zu überwinden, die die zum Teil unterschiedliche Entwicklung von Dogmatik und Methode in beiden Rechtsdisziplinen aufgerichtet hat (1). Darüber hinaus steht der Vorwurf Hans-Heinrich Rupps im Raum, nach dem sich "das aus dem vorigen Jahrhundert überkommene Instrumentarium und Denkgebäude der deutschen Verfassungsrechtslehre nur wenig (eignet), um die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter moderner Regelemente der Wirtschaftsordnung aus der Sicht des Verfassungsrechts zu stellen und zu beantworten." (2)

Obwohl Stellungnahmen zum Problem der Verfassungsmäßigkeit eines Kartellverbotes während der Beratungen des Bundestages über das GWB und in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten dieses oft vereinfachend als "Kartellgesetz" bezeichneten Gesetzes sich zu einem nahezu unüberschaubaren Wust an Literatur (3) anhäuften, ist diese Diskussion nach Erlass des GWB weitgehend verstummt,

- (1) Rupp, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 190;
ders., in: Soziale Marktwirtschaft, S. 91
- (2) aaO. S. 91
- (3) u.a.: Böhm, Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz?, WuW 1956, 173 ff;
Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, 1955;
Dürig, Art. 9 GG in der Kartellproblematik, NJW 1955, S. 729ff.;
Biedenkopf, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, BB 1956, S. 477 ff und 972 ff;
Zweigert, Das neue Kartellgesetz, DVBl. 1958, S. 625 ff und 733 ff und 783 ff;
Strickrodt, NJW 1955, 1697 ff und WuW 1956, 575;
Krawielicki, DÖV 1950, 357;
Geiger, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, 1955;
Seegers, Das in § 1 GWB enthaltene "Kartellverbot" und das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG), Diss. jur. 1960;
Rittner (Wirtschaftsrecht, S. 47) erklärt die Debatte über die Verfassungsmäßigkeit des GWB (im Hinblick auf das Kartellverbot) für erledigt und hält lediglich noch die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Einzelregelungen oder von gewissen Phänomenen der Entscheidungspraxis für aktuell. Diesbzgl. verweist Rittner auf Ipsen, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, 1976, wo es im wesentlichen um die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geht.

wobei ungeklärt ist, ob die damaligen Verneiner der Verfassungsmäßigkeit ihren Widerspruch zurückgezogen haben oder die §§ 1 (25) GWB nur wegen der vielen Ausnahmen vom Kartellverbot als verfassungsmäßig akzeptieren (1). Heute sind hingegen Beiträge zur Grundgesetzkonformität von Entflechtungsregelungen nach wie vor spärlich (2).

Dem Aufsatz von Duden in der ersten Festschrift für Franz Böhm (1965) folgte eine Monographie von Rupert Scholz (3) und eine Dissertation von Heinrich Demmer, die die verfassungsrechtlichen Grenzen staatlicher Regelungsbefugnis im Bereich des Wirtschaftsrechts am Beispiel der Zusammenschlußkontrolle untersucht (4). Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Unternehmensentflechtung enthalten auch die Arbeiten von Möschel (5) und Schulte-Braucks (6). Die verfassungsrechtliche Studie von Rupert Scholz (7) schließlich entstand im Auftrage der Monopolkommission und bildete eine der Grundlagen für den Vorschlag im letzten Hauptgutachten von 1978/1979 (8), der die rechtspolitische Diskussion um die Einführung von Entflechtungsmöglichkeiten in das deutsche Wettbewerbsrecht erneut in Gang gebracht hat (9). Auf eine Anregung aus Industriekreisen ist eine Studie Peter Selmers (10) zurückzuführen, die sich kritisch mit dem Gesetzesvorschlag der Monopolkommission und den dazu von Scholz erarbeiteten Grundlagen auseinandersetzt und gravierende Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Entflechtungsregelung vorbringt.

(1) Duden, in: FS für Böhm (1965) S. 13

(2) Möschel, Entflechtungen, S. 131

(3) Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, 1971

(4) Köln 1974

(5) Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, § 5, S. 131 bis 152

(6) Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen, 1980, S. 260 bis 277

(7) Entflechtung und Verfassung, 1981

(8) aaO. Tz. 663 ff.; s. dazu u.S. 20 f.

(9) s. u. Fn. 6, S. 18

(10) Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, 1981

Einige wichtige Markierungspunkte für die Interpretation wirtschaftlicher Grundrechte des Unternehmens, die im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Aspekte von Unternehmensentflechtungen stehen (1), setzte auch das Bundesverfassungsgericht in seiner (positiven) Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes vom 1. März 1979 (2). Die dort gemachten Aussagen zur "Wirtschaftsverfassung" (3), vor allem auch zu den Grundrechten aus Art. 2 I; 9 I, III; 14 I können auch für unser Thema fruchtbar gemacht werden.

(1) s. u. S. 73 ff. und 169 ff.

(2) BVerfGE 50, 290 ff.

(3) zum Begriffsinhalt s. u. S. 67 ff.

II. Geschichtliche Entwicklung der Maßnahmen gegen Unternehmenszusammenschlüsse in Deutschland

Obwohl die Gefahren wirtschaftlicher Konzentrationsprozesse in der Bundesrepublik Deutschland seit langem bekannt sind und es immer wieder Vorstöße zur Einführung genereller Entflechtungsregelungen in das deutsche Wettbewerbsrecht gegeben hat (1), existiert bis heute - trotz weiteren Voranschreitens der Unternehmenskonzentration (2) - für die Kartellbehörden keine Handhabe, gegen bereits bestehende marktbeherrschende Unternehmen, die sich mißbräuchlich verhalten, anders als durch die Kontrolle dieses mißbräuchlichen Verhaltens vorzugehen. § 24 I GWB ermöglicht die Kontrolle des Sich-Zusammenschließens und des Zusammenschlusses lediglich im Hinblick auf die Neubildung marktbeherrschender Positionen.

Zwar gibt es auch nach geltendem Recht gemäß § 24 VI GWB die Möglichkeit, Unternehmenszusammenschlüsse zu entflechten. Jedoch sind solche Entflechtungen lediglich als Folge einer nachträglichen Untersagung bereits vollzogener Zusammenschlüsse durch das Bundeskartellamt möglich (§ 24 II GWB) (3) oder als Auflage des Bundesministers für Wirtschaft bei der Erlaubnis von Zusammenschlüssen aus Gemeinwohlgründen gemäß § 24 III GWB (4).

Gelegentlich kommt es darüber hinaus auch dadurch zu Entflechtungen, daß das Bundeskartellamt, obwohl die Voraussetzungen des § 24 I GWB erfüllt sind, von der Untersagung des Zusammenschlusses absieht und sich bestimmte "Trennungszusagen" von den beteiligten Unternehmen geben läßt (sogenannte "Zusagenpraxis des Bundeskartellamtes") (5).

(1) zuletzt MK, HauptGA III, Tz. 662 ff.

(2) aaO. Tz. 40

(3) dazu aaO. Tz. 693 ff.

(4) so die Empfehlung der Monopolkommission, Sondergutachten II (Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich): Auflösung der Aral AG (Tz. 3a.E.) und Trennung der Preussen-Elektra von der VEBA AG (Tz. 99) bei Genehmigung der Fusion VEBA/Gelsenberg

(5) MK, HauptGA III, Tz. 692 a.E. und 698 ff.; Vgl. auch Satzky, Zusagen im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle, ZHR 141 (1977), S. 554 ff.

Es handelt sich somit immer nur um Maßnahmen im Rahmen der Kontrolle sich gegenwärtig vollziehender oder bereits vollzogener Fusionen, die jedoch alle in die Zeit nach Einführung der Fusionskontrolle durch die zweite GWB-Novelle im Jahre 1973 fallen.

Die Befugnis, "das Rad der Geschichte wieder zurückzudrehen" (1), d.h. die vor 1973 bestehenden marktbeherrschenden Stellungen wieder zu beseitigen, verleiht das GWB den Kartellbehörden also nicht. Emmerich konstatiert eine seit den alliierten Dekartellierungsgesetzen nach wie vor bestehende Tabuisierung des Themas "Entflechtung" (2). Diese Tabuisierung erklärt sich aus der Herkunft der Gesetze aus dem Geist des Morgenthau-Planes und der Konferenzen von Jalta und Potsdam (3).

Die alliierte Dezentralisierungs- und Dekartellierungspolitik im Nachkriegs-Deutschland begann mit dem Potsdamer Abkommen vom 2. August 1945. Dort findet sich in Teil III B, Art. 12 die folgende Zielsetzung: "In praktisch kürzester Frist ist das deutsche Wirtschaftsleben zu dezentralisieren mit dem Ziel der Vernichtung der bestehenden übermäßigen Konzentration der Wirtschaftskraft, dargestellt insbesondere durch Kartelle, Syndikate, Trusts und andere Monopolvereinigungen" (4).

Diese alliierte Übereinkunft bildete die Grundlage für die Demontage ganzer Industriezweige. So kam es zu Entflechtungen und Auflösungen (deconcentration), von denen die Großbanken, die IG-Farben, die UFA-Filmgesellschaft sowie weite Bereiche in Bergbau, Eisen- und Stahlindustrie betroffen wurden (5).

(1) Emmerich, Kartellrecht, S. 166

(2) aaO.; Die negativen Assoziationen der deutschen Öffentlichkeit führt auch Möschel (Entflechtungen ..., S. 8) auf die alliierte Dezentralisierungspolitik im Nachkriegs-Deutschland zurück.

(3) Großfeld, WuW 1968, 719 (720); ähnlich, Lukes, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Band, S. 579 (585)

(4) abgedruckt in: Kraus/Heinze (Hrsg.), Völkerrechtliche Urkunden zur europäischen Friedensordnung seit 1945, unter Nr. 8

(5) Vgl. dazu: Rasch, WuW 1955, S. 534 ff.

Im Jahre 1947 wurden das Gesetz Nr. 56 der amerikanischen Militärregierung (1) und die gleichlautende Verordnung Nr. 78 ("Prohibition of Excessive Concentration of German Economic Power") der britischen Militärregierung (2) erlassen. Die für die französische Zone ergangene Verordnung der Militärregierung Nr. 96 (3) aus demselben Jahr erklärt in ihrem Art. 1 generalklauselartig "jede übermäßige Machtanhäufung auf wirtschaftlichem Gebiet" für ungesetzlich und verboten.

Aufgrund des Art. 1 Ziff. 1 der Gesetze Nr. 56/78 waren "übermäßige Konzentrationen der deutschen Wirtschaftskraft, gleichviel ob innerhalb oder außerhalb Deutschlands und ohne Rücksicht auf ihre Form und ihren Charakter" verboten. Gleichzeitig bestand ein Programm der Konzern- und Monopolentflechtung, das der Zerlegung von Konzernen und Einzelunternehmen mit Monopolstellung in selbständige wettbewerbsfähige Unternehmenseinheiten ("Independant competitive units") diente (4). So konnte durch die Dekartellisierungs- und Entflechtungsmaßnahmen der Alliierten der Konzentrationsgrad in der Wirtschaft verringert werden, was in den fünfziger und sechziger Jahren in der Bundesrepublik besonders günstige Bedingungen für die Funktionsfähigkeit des konkurrenzwirtschaftlichen Marktmechanismus schuf (5).

Ziele der alliierten Dekartellierungs- und Dezentralisierungspolitik waren zwar auf der einen Seite vor allem die Friedenssicherung durch Entmilitarisierung und Begrenzung des industriellen Potentials (6) sowie die Festsetzung von Sanktionen für Hilfestellungen, die die betroffenen Industriezweige dem NS-Regime geleistet hatten (7),

(1) AmtsBl. d. am. MilReg. Ausg. C vom 1.4.1947, S. 2

(2) AmtsBl. d. brit. MilReg. Nr. 16, S. 412

(3) Journal Officiel 1947, S. 184

(4) Vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I, S. 337 ff.

(5) Vgl. Kantzenbach, WuW 1976, 732 (735)

(6) Präambeln der Gesetze Nr. 56 u. 78, s. o. Fn. 1, 2

(7) Möschel, Entflechtungen, S. 6, m.w.N. in Fn. 8, S. 5

auf der anderen Seite jedoch auch die Gewährleistung wirtschaftlicher und politischer Freiheit durch Begrenzung privater Macht mittels Dezentralisierung (1). Gerade der letzte Aspekt spielt auch heute in der aktuellen Diskussion über Entflechtungsmöglichkeiten eine Rolle (2), obgleich ein gesellschaftspolitischer Regelungszweck weithin geleugnet und die Wettbewerbspolitik in den Vordergrund geschoben wird (3).

Gleichwohl waren die alliierten Entflechtungsmaßnahmen "ein einmaliger historischer Akt" (4), aus dem kein substantieller Aussagewert für die konkrete verfassungsrechtliche Fragestellung zu gewinnen ist (5); zu anders geartet war die zugrundeliegende Verfassungswirklichkeit und - trotz vielleicht vordergründiger Vergleichbarkeit - die rechtspolitische Zielsetzung.

Nachdem die das Besatzungsstatut aufhebenden sogenannten Pariser Verträge (6) besatzungsrechtliche Vorbehalte beseitigt hatten und die alliierten Dekartellierungsgesetze (in unserem Zusammenhang eigentlich besser: "Dezentralisierungsgesetze") gleichrangiges deutsches Recht geworden waren, konnten diese durch das nach heftigen Kämpfen (7) beschlossene GWB derogiert werden. Dieses wurde jedoch erst 1957 verabschiedet und trat am 1. Januar 1958 in Kraft, obwohl sich die Bundesregierung bereits seit 1950 um die Ablösung des alliierten Rechtes durch ein deutsches Kartellgesetz bemüht hatte.

- (1) s. Fn. 6, S. 13 und Möschel aaO.; insoweit zweifelnd: Großfeld, WuW 1968, 719 (720)
- (2) Schulte-Braucks, S. 261 m.w.N.
- (3) Möschel, Entflechtungen, S. 43 f.; Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 14
- (4) Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 441
- (5) Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 3
- (6) Vgl. "Vertrag über die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland und den drei Mächten" vom 26. Mai 1952, BGBl. II, S. 61 ff.; geändert durch das "Protokoll über die Beendigung des Besatzungsregimes in der Bundesrepublik Deutschland" vom 23. September 1954, BGBl. II, S. 215 ff.
- (7) Vgl. dazu Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, S. 13 f.

Das GWB sollte dem Schutz des marktwirtschaftlichen Systems dienen, das unter dem Einfluß des sogenannten Ordoliberalismus nach dem 2. Weltkrieg in der Bundesrepublik eingeführt wurde. Die theoretisch wirtschaftswissenschaftliche Konzeption dieses Systems geht auf die von Eucken (1) entwickelte Unterscheidung zweier möglicher extremer Wirtschaftsformen zurück (2).

In der Marktwirtschaft als einem konkurrenzwirtschaftlichen System stehen viele Anbieter vielen Nachfragern gegenüber; der Wettbewerb der vielen Anbieter um den Zuspruch der vielen Nachfrager bringt den für den Verbraucher günstigen Preis hervor. Neben diesem Marktpreismechanismus entfaltet das marktwirtschaftliche System mit dem Prinzip Wettbewerb noch weitere wirtschaftlich und gesamtgesellschaftlich erwünschte Funktionen (3), um deren Erhaltung es bei konzentrationskontrollpolitischen Maßnahmen des Staates gehen muß (4).

Die Gegenkonzeption zur Marktwirtschaft bildet die Zentralverwaltungswirtschaft (Planwirtschaft), die staatlichen Planbehörden die Steuerung des gesamten Wirtschaftsablaufes überträgt, wobei der Staat auf detaillierte Entscheidungsprozesse in einzelnen Unternehmen bestimmenden Einfluß ausübt und sich nicht nur auf die Globalsteuerung des Wirtschaftsablaufes beschränkt. Die Wirtschaft ist hier keine gesellschaftliche, sondern eine rein staatliche Veranstaltung.

Am marktwirtschaftlichen System orientierte sich dann die Wirtschaftspolitik und ihre theoretische Untermauerung im Nachkriegs-Deutschland. Dabei ging man jedoch davon aus, daß ein lupenreines laissez-faire-Prinzip in der Wirtschaft, also vollständige Abwesenheit des Staates, im Interesse einer funktionierenden und gerechten Wirtschaftsordnung nicht wünschenswert sei (5).

(1) Die Grundlagen der Nationalökonomie, S. 78 ff.

(2) Mag auch keine dieser beiden extremen Wirtschaftsformen irgendwo in Reinkultur verwirklicht bzw. überhaupt praktikierbar sein.

(3) Vgl. Ingo Schmidt, S. 30 ff.

(4) Vgl. unten S. 67 ff.

(5) Vgl. Bleckmann, Subventionsrecht, S. 22 m.w.N. in Fn. 6

Mit der sozialen Marktwirtschaft wurde ein theoretisches Modell, vor allem von Alfred Müller-Armack konzipiert und vom damaligen Bundeswirtschaftsminister Ludwig Erhard in praktische Politik umgesetzt, das das liberale Modell mit staatlicher Wirtschaftslenkung zu verbinden suchte.

Im Hinblick auf juristische Fragestellungen konkretisierte vor allem Franz Böhm das Prinzip Wettbewerb in einer freien und gleichzeitig sozialen Marktwirtschaft (1). Als ein Instrument zur Absicherung und Verwirklichung der sozialen Marktwirtschaft wurde das GWB geschaffen. In der Begründung zum Regierungsentwurf von 1955 findet sich nach einem Bekenntnis zum System der Marktwirtschaft als freier Unternehmerwirtschaft die folgende Zielsetzung des Gesetzgebers: "Es ist allerdings gesetzlich sicherzustellen, daß die Vorzüge der Wettbewerbswirtschaft nicht durch die historisch erwiesenen Nachteile aufgewogen werden, d.h., daß der Gesetzgeber dem Problem der wirtschaftlichen Macht als einem Störungsfaktor der marktwirtschaftlichen Gleichgewichtstendenz seine besondere Aufmerksamkeit zuwenden muß. Der Wettbewerb und die durch ihn bedingte Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung muß durch staatliche Ordnungsmaßnahmen in weitestem Umfange erhalten werden" (2).

Das GWB beschränkte sich zunächst auf die Einführung eines allgemeinen Kartellverbotes (3), obgleich in den §§ 18 - 22 des Regierungsentwurfes von 1955 eine strenge Fusionskontrolle vorgesehen war (4)

- (1) Vgl. die umfassende Zusammenstellung seiner einschlägigen Reden und Schriften, in: Mestmäcker (Hrsg.), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft
- (2) BT-Drucks. II (1955)/1158, S. 22; Zur Frage eines Leitbildes des GWB vgl. auch: Plaßmann, WuW 1970, 779 (782), der ein Leitbild i.S.e. nationalökonomischen Wettbewerbsmodells verneint und allein den Gedanken der individuellen Freiheit als ein solches Leitbild zugrundegelegt sieht.
- (3) Diese Terminologie hat sich mittlerweile allgemein eingebürgert, obwohl § 1 GWB an sich nur die Unwirksamkeit bestimmter Verträge anordnet. Vgl. Emmerich, Kartellrecht, S. 47
- (4) BT-Drucks. II (1955)/1158, S. 40 f.

und bereits der sogenannte Josten-Entwurf vom 5. Juli 1949 die Möglichkeit der Untersagung von Zusammenschlüssen zwischen rechtlich selbständigen Unternehmen und die Schaffung eines Monopolamtes zur Entschachtelung und Aufgliederung von Zusammenschlüssen vorsah (1). Daher wurde (und wird) dem GWB immer wieder sein "Kompromißcharakter" und seine "Halbherzigkeit gegenüber dem Phänomen der wirtschaftlichen Macht" vorgeworfen (2).

Auf die ständig weiter voranschreitenden Konzentrationsprozesse (3) reagierte der Gesetzgeber schließlich mit der Einführung einer Fusionskontrolle durch die zweite Novelle des GWB aus dem Jahre 1973. 1976 und 1978 wurden die Vorschriften über die Fusionskontrolle durch die dritte und vierte GWB-Novelle verschärft. Die Einführung von generellen Entflechtungsnormen, die auch die Veränderung des status quo der Unternehmenskonzentration ermöglichen würde, hat der Gesetzgeber bis heute nicht vorgenommen. Eine Ursache dafür kann auch in der lange Zeit zunächst positiven Beurteilung von Konzentration in der Wirtschaft gesehen werden. In den 60er und bis weit in die 70er Jahre hinein stand die spezifische Gemeinwohldienlichkeit des Großunternehmens als eines Trägers des wirtschaftlichen und technischen Fortschrittes durchaus im Vordergrund der allgemeinen Überlegungen zur Lösung der Aufgaben einer modernen Industriegesellschaft (4). Entsprechend dieser Sichtweise war nicht Abbau sondern Förderung der Konzentration das Ziel staatlicher Wirtschaftspolitik, was seinen Niederschlag in zahlreichen Regelungszusammenhängen etwa der Steuergesetzgebung oder der staatlichen Subventionspraxis fand (5).

(1) Vgl. insbesondere § 15 des Entwurfs, der bei Klaue (u. Bearb.), S. 133, auszugsweise abgedruckt ist.

(2) Günther, in: FS für Böhm (1975), S. 202

(3) Vgl. im einzelnen die Begr. z. RegE., BT-Drucks. VI (1971)/2520, S. 14 ff.

(4) Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 5

(5) Vgl. dazu Möschel, Entflechtungen, S. 76 f.

Der Staat sah Konzentration in der Wirtschaft vielfach nicht nur als erwünscht, sondern auch als wirtschaftlich geboten an (1). Eine Gegenbewegung formierte sich nur allmählich und brachte 1973 über eine Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Monopolkommission hervor (2). Diese verließ dem Thema Unternehmensentflechtung bereits in ihrem ersten Hauptgutachten (3) und ihrem ersten Sondergutachten (4) eine gewisse Aktualität.

Die rechtspolitische Debatte um eine entsprechende GWB-Novelle ist aber nicht zuletzt durch den Vorschlag der Monopolkommission in ihrem letzten Hauptgutachten von 1978/79 (5) wieder in Gang gekommen (6).

Bereits 1961 hatte Franz Böhm empfohlen, statt behördlicher Preiskontrolle die Selbsterneuerungskräfte des Marktes dadurch zu reaktivieren, daß durch Auflösung von Marktmacht die Rahmenbedingungen des Wettbewerbes wieder hergestellt werden (7).

- (1) Selmer aaO.
- (2) Baur, ZRP 1980, 64 (65)
- (3) Tz. 962 ff.
- (4) Tz. 24
- (5) Tz. 663 ff.
- (6) "dringend notwendig": Jens, WuW 1978, S. 268;
"eine zurückhaltend befürwortende Empfehlung" spricht Möschel (Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 3) aus; nicht grundsätzlich ablehnend: Biedenkopf, WuW 1978, S. 101 ff. (105); für die Entwicklung eines Konzeptes zur Entflechtung von Unternehmensverbindungen: Wahlprogramm der FDP zur Wettbewerbspolitik, WuW 1980, S. 575; für Zurückhaltung beim Entflechtungsthema Grüner (Parl. Staatssekretär beim BMWi), WuW 1980, S. 449; nach Ansicht BDI würden staatliche Entflechtungseingriffe in heutige im internationalen Wettbewerb gereifte Strukturen den Lebensnerv deutscher Unternehmen treffen (WuW 1980, S. 449); Ball/Wissel, WuW 1980, S. 235 ff.; Vgl. auch Schulte-Braucks, S. 22 ff. m.w.N.; ablehnend zu der von der Monopolkommission diskutierten Unternehmensentflechtung hat sich mittlerweile die Bundesregierung geäußert: FAZ vom 21. Mai 1981, Nr. 117, S. 13 "Lambsdorff: Ruhe an der Wettbewerbsfront" u. FAZ vom 30. Juni 1981, Nr. 147, S. 11 "Das Kartellamt wird seine Politik nicht lockern"
- (7) in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, S. 22; ähnlich Möschel, JZ 1975, 393 (397 f.)

Emmerich und Sonnenschein kommen zu folgendem Schluß: "Ein System politischer und damit wirtschaftlicher Freiheit ist nur zu erhalten, wenn es gelingt, die Akkumulation unkontrollierbarer wirtschaftlicher Macht in Groß- und Größtunternehmen zu verhindern. Schon deshalb sind auf die Dauer eine strikte Fusionskontrolle und eine Entflechtung der Größtunternehmen unerlässlich, wenn wir ein System politischer und wirtschaftlicher Freiheit erhalten wollen" (1).

Die Monopolkommission hält die Erweiterung des Konzentrationskontrollpolitischen Instrumentariums durch die Unternehmensentflechtung vor allem deshalb für erforderlich, weil marktherrschende Stellungen schon vor der Einführung der Zusammenschlußkontrolle bestanden, marktbeherrschende Stellungen auch jetzt durch internes Wachstum unkontrolliert entstehen können, wie sie auch dann weiterhin durch Zusammenschluß entstehen können, wenn sie durch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen oder durch Gemeinwohlgründe zu rechtfertigen sind und weil im übrigen marktbeherrschende Unternehmen durch die Mißbrauchsaufsicht nur unzureichend zu kontrollieren sind (2).

(1) Konzernrecht, S. 10

(2) HauptGA III, Tz. 678

III. Die rechtstechnische Bewältigung der Unternehmensentflechtung im einzelnen unter besonderer Berücksichtigung des Vorschlages der Monopolkommission

Um den verfassungsrechtlichen Argumentationsrahmen (1) abstecken zu können, ist es unabdingbar, zunächst darzustellen, wie Entflechtungen von Unternehmen im einzelnen rechtstechnisch bewältigt werden. Denn es macht etwa vor dem Hintergrund betroffener Grundrechte einen Unterschied, ob die Entflechtung lediglich durch Umschichtung des Anteilsbesitzes bei den Anteilseignern oder im Wege des (Zwangs-) Verkaufs von ganzen Unternehmen bzw. Unternehmensteilen durchgeführt wird.

Bei dieser Darstellung soll vom Vorschlag der Monopolkommission (2) ausgegangen werden. Denkbare andere und vor allem in der verfassungsrechtlichen Beurteilung jeweils differierende Methoden der Entflechtung werden darüber hinaus unten im Rahmen der verfassungsrechtlichen Betrachtung (3) angesprochen (4).

Der Vorschlag der Monopolkommission beinhaltet die Einführung folgender Bestimmung im Anschluß an § 22 VI GWB: "Sind für ein mißbräuchliches Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung strukturelle Ursachen maßgeblich und ist deshalb nicht zu erwarten, daß aufgrund von nach Absatz V durch die Kartellbehörden anzuordnenden Maßnahmen der Mißbrauch nachhaltig abgestellt werden kann, dann ordnet die Kartellbehörde anstelle einer Mißbrauchsverfügung im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Wirtschaft die Entflechtung der marktbeherrschenden Unternehmen an.

- (1) s. u. sub IV., S. 27 ff.
- (2) HauptGA III, Tz. 717 ff., 745 ff.;
Ein weiterer Vorschlag findet sich bei Möschel, Entflechtungen, S. 84 ff. (111 ff.).
- (3) sub IV. 2. S. 149 ff.
- (4) Vgl. u.a. den Gesetzgebungsvorschlag Möschels (Entflechtungen, S. 112 f.)

Von einer Entflechtungsanordnung ist abzusehen, wenn im Einzelfall die Entflechtung von gesamtwirtschaftlichen Nachteilen begleitet würde, welche die wettbewerblichen Vorteile überwiegen oder wenn der Entflechtung ein überragendes Interesse der Allgemeinheit entgegensteht; hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes zu berücksichtigen. Bei der Entflechtung von Unternehmen sind unter Wahrung der Belange Dritter diejenigen Maßnahmen anzuordnen, die mit dem geringsten Aufwand und der geringsten Belastung zum Ziele führen. Die Entflechtung kann mit Beschränkungen und Auflagen verbunden werden. Diese dürfen sich nicht darauf richten, die beteiligten Unternehmen einer laufenden Verhaltenskontrolle zu unterziehen." (1)

1. Die Eingriffsvoraussetzungen

Danach ist das Ergreifen von Entflechtungsmaßnahmen unter den folgenden Voraussetzungen angezeigt:

- Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung
- Mißbräuchliches Verhalten
- Strukturbedingtheit des Mißbrauches
- keine überragenden Nachteile für das Gemeinwohl.

Somit hat sich die Monopolkommission gegen die absolute Unternehmensgröße (Kriterien könnten hier etwa Umsatzerlöse, Zahl der Beschäftigten oder Bilanzsumme sein) als Eingriffsvoraussetzung und für Kriterien der den Wettbewerbsprozeß beschreibenden Größe von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen entschieden (2).

(1) MK, HauptGA III, Tz. 764

(2) aaO. Tz. 718 und 719 ff.

Dieses impliziert eine Entscheidung gegen einen gesellschafts-politischen Aspekt (1) der Entflechtung (2), also gegen ein Abstellen auf die Gefahren, die eine ökonomische Machtzusammenballung aus politischer und verfassungsrechtlicher Sicht mit sich bringen kann, und für rein wettbewerbspolitische Zielsetzungen (3).

Gleichzeitig enthält der Vorschlag eine Verknüpfung von Verhaltenskriterien (strukturbedingter Mißbrauch) und Strukturkriterien (marktbeherrschende Stellung), sowie das Eintreten überragender Nachteile für das Gemeinwohl als generalklauselartig formulierte Ausnahme für die Entflechtungsanordnung bei Vorliegen der sonstigen positiven Eingriffsvoraussetzungen.

Bei den Marktverhaltenskriterien bildet den Anknüpfungspunkt für Entflechtungsmaßnahmen die wettbewerbswidrige Verhaltensweise eines Unternehmens durch Mißbrauch seiner Marktmacht. Hervorzuheben ist, daß es sich dabei um ein "objektives Fehlverhalten von Unternehmen (handeln muß), welches der Steuerung im Sinne der Wettbewerbsfunktionen in einem marktwirtschaftlichen System nicht entspricht" (4), um Entflechtungsmaßnahmen nicht den Charakter einer Strafsanktion zu geben. Einer solchen Charakterisierung soll auch dadurch begegnet werden, daß gerade die Umstände mitentscheidend sind, die den Mißbrauch verursacht haben. Letztlich sollen diese die Entscheidung für oder gegen die Entflechtung beeinflussen (5). Das wird einerseits dadurch erreicht, daß der Mißbrauch notwendig strukturbedingt sein muß, um als Eingriffsvoraussetzung für Entflechtungsmaßnahmen in Betracht zu kommen, andererseits auch dadurch, daß Verhaltens- und Strukturkriterien nur in ihrer Verknüpfung einen massiven Eingriff, wie ihn die Entflechtung darstellt, rechtfertigen können (6).

(1) HauptGA III Tz. 702 ff.

(2) aus verfassungsrechtlicher Sicht dazu: unten S. 104 ff. u. 132 ff.

(3) HauptGA III Tz. 705 ff.

(4) aaO. Tz. 724

(5) aaO. Tz. 728

(6) aaO. Tz. 722 a.E.

Das entscheidende Strukturkriterium ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, die jeweils mit Hilfe des Marktanteils des zu entflechtenden Unternehmens zu ermitteln ist (1). Für die zu bestimmende Höhe des Marktanteils, von der ab an eine zu entflechtende Marktmacht vorliegt, könnte auf die vergleichbaren Quantifizierungen im Rahmen der Fusionskontrollen rekurriert werden. Es könnten also etwa die Maßstäbe des § 22 III Nr. 2, 23 a I Nr. 1 und II GWB herangezogen werden.

Schließlich finden nach dem Vorschlag der Monopolkommission Entflechtungsmaßnahmen dort ihre Grenze, wo "gewichtige wirtschaftspolitische Gründe für die Aufrechterhaltung bestehender Unternehmens- und Marktstrukturen vorliegen (2).

Die Abwägungsklausel ("Von einer Entflechtungsanordnung ist abzusehen, wenn im Einzelfall die Entflechtung von gesamtwirtschaftlichen Nachteilen begleitet würde, welche die wettbewerblichen Vorteile überwiegen oder wenn der Entflechtung ein überragendes Interesse der Allgemeinheit entgegensteht,..") soll es ermöglichen, Konfliktfälle zwischen Wettbewerb und Effizienz zu lösen. Bei der Abwägung sind insbesondere Kriterien des Marktergebnisses zu berücksichtigen. Dies sind vor allem rechtmäßig erworbene und ausgeübte Patente und Massenproduktionsvorteile ("economies of scale") (3). Letztere jedoch nur dann, wenn eine Abwägung im Einzelfall ergibt, daß die zu erwartenden Kostenvorteile infolge der Entflechtung nicht durch die Verbesserung der Wettbewerbsvoraussetzungen überkompensiert werden (4). Damit sind die Eingriffsvoraussetzungen kurz skizziert.

(1) aaO. Tz. 722 a.E.

(2) aaO. Tz. 738 a.E.

(3) aaO. Tz. 737

(4) aaO. Tz. 741 a.E.

2. Der Gegenstand von Entflechtungsmaßnahmen

Als Gegenstand von Entflechtungsmaßnahmen kommen nun die unterschiedlichsten Phänomene der Zusammenballung wirtschaftlicher Macht in Betracht. Sie lassen sich zunächst in fünf Gruppen unterteilen:

- personelle und finanzielle Verflechtungen von Unternehmen, die ansonsten nicht voneinander abhängig sind,
- verbundene Unternehmen
- Einzelunternehmen und Betriebe
- gewerbliche Schutzrechte
- hochkonzentrierter Anteilsbesitz (1).

Dabei finden sich die ersten vier Gruppen auf der Vermögens- ("assets-Seite") der zu entflechtenden Unternehmen. Es sollen spezifische wirtschaftliche Kapazitäten des Unternehmens in Richtung auf mehr Wettbewerb umgestaltet werden, während die Entflechtung hochkonzentrierter Anteilsbesitzes, um den dominierenden Einfluß einzelner Anteilseigner mit Mehrheitsbesitz auszuschalten, auf der Passiv- oder Kapitalseite des Unternehmens ansetzt (2). Hier sind die Maßnahmen auf die hinter dem Unternehmen stehenden Eigentümer, die Anteilseigner, gerichtet mit dem Ziel, sie ihrer Anteile am betreffenden "Zielunternehmen" zu entledigen.

Richten sich Entflechtungsmaßnahmen gegen verbundene Unternehmen, so ist im Sinne der aktienrechtlichen Verbindungsformen zu differenzieren zwischen

- den in Mehrheitsbesitz stehenden und mit Mehrheit beteiligten Unternehmen (§ 16 AktG)
- abhängigen und herrschenden Unternehmen (§ 17 AktG)
- Konzernunternehmen (§ 18 AktG)
- wechselseitig beteiligten Unternehmen (§ 19, 328 AktG)
- Vertragsteilen eines Unternehmensvertrages i.S.d. §§ 291, 292 AktG und schließlich
- den an einer Eingliederung beteiligten Unternehmen

(1) aaO. Tz. 748 bis 751

(2) Oehler, Entflechtung und Kontrahierungszwang, S. 92; Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 64, spricht im ersten Fall von "unternehmensunmittelbarer Entflechtung", im zweiten Fall von "unternehmensmittelbarer Entflechtung".

3. Die verfahren smäßige Durchführung

Abhängig vom jeweiligen Gegenstand der Entflechtungsmaßnahme ist auch ihre verfahrensmäßige Durchführung. Die praktische Umsetzung von Entflechtungsanordnungen ist zum einen durch den Verkauf von Vermögenswerten, zum anderen durch die Ausgründung von Unternehmen möglich.

a) Die Verkaufslösung

Die Verkaufslösung kann dabei entweder durch Neuerrichtung eines Unternehmens und Verkauf seiner Kapitalanteile über Makler oder die Börse an das Publikum oder die Veräußerung des Entflechtungsgegenstandes als Ganzes an einen Erwerber, der in der Regel ein anderes Unternehmen sein wird (1), verwirklicht werden (2).

b) Entflechtung durch Unternehmensausgründung und Umschichtung von Anteilsbesitz

Entflechtungsanordnungen, die nicht durch Verkauf umgesetzt werden, sind bei einer Ausgründung von Unternehmen durch eine Umschichtung des Anteilsbesitzes bei den Anteilseignern zu verwirklichen (3). Dabei kann wie in der Praxis des amerikanischen Rechts zwischen drei Möglichkeiten unterschieden werden (4):

- "spin off": die von der Entflechtung betroffenen Unternehmenswerte werden in eine neu gegründete Tochtergesellschaft eingebracht. Die als Gegenleistung empfangenen Anteilspapiere verteilt das zu entflechtende Unternehmen pro rata an die eigenen Aktionäre.
- "split off": dieses Verfahren unterscheidet sich vom "spin off" lediglich durch die Verteilung der Aktien: die Kapitalanteile der neuen Gesellschaft werden gegen Anteile des Gründungsunternehmens umgetauscht.

(1) Möschel, Entflechtungen ..., S. 115

(2) MK HauptGA III, Tz. 754

(3) aaO. Tz. 758

(4) aaO. Tz. 757

- "split up": das zu entflechtende Unternehmen wird zunächst zu einer Holding-Gesellschaft, indem es zwei oder mehrere neue Gesellschaften gründet und in diese seine Vermögenswerte einbringt. Sodann wird das Gründungsunternehmen aufgelöst, wobei es die Aktien der neu gegründeten Gesellschaften an die eigenen Anteilsinhaber pro rata verteilt (1).

(1) zum ganzen vgl. auch Möschel, Entflechtungen ..., S. 117 ff.

IV. Der verfassungsrechtliche Argumentationsrahmen

Die Einführung von Entflechtungsregelungen in das GWB würde einen legislativen Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit von Unternehmen, die daraufhin von den Kartellbehörden ergehenden Entflechtungsverfügungen belastende Verwaltungsakte darstellen. Es leuchtet ein, daß es ungewöhnlich scharfe Eingriffe sind, mit denen mehrbetriebliche Großunternehmen oder aus mehreren Unternehmungen zusammengesetzte Konzerne dann, wenn sie über wirtschaftliche Macht auf dem Markt verfügen, nachträglich gezwungen werden, ihre Betriebe wieder auszugliedern und ihre Unternehmensverfilzungen wieder zu entschachteln (1), nämlich "Eingriffe, die unmittelbar die Unternehmerdispositionen unter Kuratel stellen und die Eigentums- und Vermögensrechte tangieren. Es bedarf schon eines sehr entwickelten und geläuterten Freiheitsgefühls in einer Nation, wenn es gelingen soll, Freiheits-eingriffe so einschneidenden Charakters um der Freiheit willen mit dem hierfür notwendigen Augenmaß und der gleichzeitig erforderlichen Entschlossenheit durchzuführen und Verwaltungsstellen mit so gefährlichen Vollmachten auszustatten, die natürlich auch zu Zwecken mißbraucht werden können, die mit dem Schutz der Wettbewerbsordnung nichts mehr zu tun haben" (2). Somit ist zum einen dem Problem nachzugehen, inwieweit die gesetzlichen Regelungen (und ihre Anwendung durch die Kartellbehörden) unter dem Gesichtspunkt der grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes verfassungskonform wären (3).

Aus einer anderen Sichtweise stellt sich jedoch auch die Frage, ob das Grundgesetz (etwa aufgrund einer "Wirtschaftsverfassung", des Sozialstaatsprinzips, anderer objektiver Verfassungsgrundsätze oder zur staatlichen Sicherung verfassungsrechtlicher Grundrechtsverbürgungen) die Unternehmensentflechtung nicht geradezu erfordert und damit möglicherweise zum Auftrag an den Gesetzgeber macht (4).

(1) Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, S. 53 (77 f.)

(2) ebenda

(3) dazu unter IV. 2., S. 149 ff.

(4) dazu sogleich unter IV. 1., S. 31 ff.

So ist also zu untersuchen, ob eine Entflechtungsregelung im GWB erforderlich ist, um diesem seine Funktionstauglichkeit als ein wirtschaftspolitisches Ordnungsgesetz zu erhalten, "das die Wettbewerbsfreiheit im Rahmen des lauterer Wettbewerbs statuiert und damit ein wirtschaftspolitisches Gegenstück zur politischen Demokratie schafft" (1). Denn neben seinen wirtschaftlichen Zielen erstrebt das GWB die Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen als Voraussetzung für die Wettbewerbsordnung, durch die die Hebung des Lebensstandards und die Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit innerhalb der Gesellschaft erreicht wird (2). Dies wird nicht zuletzt dadurch deutlich, daß die Wertkategorien von Globalbegriffen und Generalklauseln in Tatbeständen des GWB - insbesondere im Zusammenhang mit der Zusammenschlußkontrolle und der Kontrolle der Ausübung wirtschaftlicher Macht - weder aus wirtschaftswissenschaftlichen Theorien noch aus nach Opportunitätsgesichtspunkten geformten Leitbildern, sondern nur aus dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes entnommen werden können, was insbesondere bedeutet, daß die einzelnen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften zur Sicherung der Freiheit der am Marktprozeß Beteiligten geschaffen und - soweit es sich um Globalbegriffe handelt - nach den Wertkategorien zur persönlichen Entfaltungsfreiheit und Betätigungsfreiheit konkretisiert werden müssen (3).

Bereits diese kurzen Überlegungen zeigen, daß die wirtschaftsrechtliche Kontrolle der Konzentration durch Entflechtungen verfassungsrechtlich ambivalent ist (4).

- (1) Günther, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I., S. 77 (79)
- (2) Günther, aaO. und S. 80
- (3) Lukes, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Band, S. 579 (599)
- (4) In ähnlicher Weise ist (war) der verfassungsrechtliche Meinungsstreit um die paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer angelegt. Auch hier stellt(e) sich die Frage, ob ein verfassungsrechtliches Gebot für den Gesetzgeber besteht, eine qualifizierte Mitbestimmung einzuführen. Umgekehrt aber auch diejenige nach einem Grundgesetzverstoß der paritätischen Mitbestimmung (Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 146). Vgl. auch dementsprechend die unterschiedlichen Ansätze in den Gutachten zum MitbestG von 1976: Badura/Rittner/Rüthers im Auftrag der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände und Kübler/Schmidt/Simitis im Auftrag der Bundesregierung.

Diese Ambivalenz eröffnet sich im Spannungsfeld der Freiheit zum Zusammenschluß und zum internen Unternehmenswachstum einerseits und der Bedrohung der Freiheit durch die so entstandenen mächtigen Wirtschaftseinheiten andererseits (1). In diesem Spannungsfeld ist der staatliche Gesetzgeber vor allem zur Lösung von Grundrechtskollisionen aufgerufen (2). Es gilt, zwischen den einschlägigen Grundrechtsgewährleistungen für die von Interventionen des Staates betroffenen Unternehmen einerseits, und den kollidierenden Verfassungsentscheidungen zugunsten der übrigen Teilhaber der Wirtschaftsgemeinschaft andererseits einen beide Seiten möglichst schonenden Ausgleich herzustellen (3).

So beschreibt Hans Zacher (4) unter der Überschrift "Freiheit und soziale Wirtschaftsordnung" die Kollision von Freiheitsrechten konkurrierender oder anderweitig in einem Beziehungsgeflecht stehender Wirtschaftssubjekte: "Recht steht wieder gegen Recht. Der Freiheit individueller wirtschaftlicher Betätigung (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG) steht die Freiheit gegenüber, sich - auch darin - vertraglich zu binden und zu beschränken (Art. 2 Abs. 1 GG). Der Freiheit, als einzelner zu wirtschaften (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG), steht die Freiheit gegenüber, sich zum Zwecke wirtschaftlicher Betätigung zusammenzuschließen (Art. 9 GG, Art. 114). Die Rechtsordnung darf keine dieser Freiheiten im Kern verletzen, aber auch keine so wuchern lassen, daß sie die andere erstickt. Sie hat abzuwägen und dem Zwang zu wehren, dem die wirtschaftliche Autonomie des einzelnen nicht in adäquater Entfaltung der Privatautonomie und nicht in freiem Gebrauch der Vereinigungsfreiheit sondern aus Not weicht.

- (1) Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 39, spricht von der Komplexität der grundrechtlichen Beurteilung von Konzentration und Konzentrationskontrolle, die nicht nur nach den Garantiegehalten der beschränkten Freiheiten fragen darf, sondern ebenso auf die Garantiegehalte der erweiterten Freiheiten abstellen muß.
- (2) Scholz, in: M/D/H/Sch, Art. 9, Rnr. 150
- (3) Klauke (u. Bearb.), S. 62 ff.
- (4) Sozialpolitik und Verfassung, S. 1067

Weder das individuell vereinbarte Wettbewerbsverbot noch die kollektive Wettbewerbsbeschränkung ist demnach schlechthin unzulässig. Die Entartungserscheinung, die das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit an der Wurzel zu treffen droht, muß jedoch hintangehalten werden".

Diese Überlegungen bilden die Ausgangsfrage, die stets im Auge zu behalten sein wird, wenn im folgenden verfassungsrechtliche Grundentscheidungen auf Argumente für oder gegen Entflechtungsregelungen ausgewertet werden.

1. Fragestellung:

Erfordert das Grundgesetz angesichts eines fortgeschrittenen Konzentrationsprozesses die Einführung von generellen Entflechtungsnormen?

- a) Verfassungsrechtliches per-se-Verbot von Unternehmenskonzentration und Entflechtungsgebot wegen Grundrechtsbeeinträchtigungen von Lieferanten, Wettbewerbern und Konsumenten durch marktbeherrschende Unternehmen (Drittwirkungslehren)

Bevor wir uns der Frage zuwenden, ob das Grundgesetz dem Gesetzgeber einen Entflechtungsauftrag geben könnte oder sogar gibt (1), ist die Möglichkeit eines verfassungsrechtlichen per-se-Verbotes und gleichzeitigen Entflechtungsgebotes hinsichtlich besonders ausgeprägter Konzentrationstatbestände zu erwägen (2). Dabei besteht das Problem, daß die als sedes materiae in Betracht kommenden Verfassungsnormen (insbesondere die Grundrechte) zunächst und vor allem den Staat als Adressaten haben. Es wäre also Voraussetzung, die Adressatenstellung großer Unternehmen als Privatrechtssubjekte festzustellen.

- (1) dazu unter b), S. 47 ff.
(2) Gegen ein aus dem Grundgesetz zu entnehmendes prinzipielles Verbot wirtschaftlicher Konzentration (hier speziell durch Konzernbildung) hat sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil über die Verfassungsmäßigkeit einzelnen Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes vom 12. November 1956 gewandt und dementsprechend verfassungsrechtliche Bedenken gegen das die Konzernbildung fördernde Gesetz nicht erhoben (E 14, 263 (280 f.)).

aa) Die unmittelbare Drittwirkung des Art. 9 III
Satz 2 GG

Die Adressatenstellung großer Unternehmen als Privatrechtssubjekte könnte sich zunächst aus Art. 9 III Satz 2 ergeben. Wenn sich kleine und mittlere Unternehmen gegenüber hochkonzentrierten, mächtigen Wirtschaftseinheiten - wirtschaftlich - gezwungen sehen, sich diesen Einheiten anzuschließen (1) oder aber infolge Konkurrenzunfähigkeit aus dem Markt auszuschcheiden, kann auf diese Weise das ausdrücklich (Art. 9 III Satz 2) mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattete Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III verletzt sein. Ebenso wie Art. 9 I das Recht gewährleistet, einer Vereinigung fernzubleiben (2), gewährleistet Art. 9 III das Recht, einer Koalition nicht beizutreten (3). Abstrakt gesehen ist Voraussetzung für eine Beeinträchtigung dieser negativen Koalitionsfreiheit, daß ein Zwang oder Druck auf die Nichtorganisierten ausgeübt wird, einer Organisation beizutreten (4). Ein solcher Zwang kann für kleine und mittlere Unternehmen in einem weiter voranschreitenden Prozeß wirtschaftlicher Konzentration durchaus bestehen (5).

Eine Verletzung des Art. 9 III setzt aber zunächst voraus, daß der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit betroffen ist. Die in das Wirtschaftsleben eingebundenen miteinander konkurrierenden Unternehmen müßten gerade in dieser Eigenschaft Koalitionen i.S.d. Art. 9 III sein.

- (1) Diesen Zwang konstatiert auch Mestmäcker, in: FS für Walter Hallstein, S. 322 ff. (336)
- (2) BVerfGE 10, 102; OVG Münster, OVG 14, 276; Fußlein, Die Grundrechte, Bd. II, S. 435
- (3) Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 9 Rnr. 15; von Mangoldt/Klein, Art. 9 Anm. V. 3.; Scholz, in: M/D/H/Sch, Art. 9 Rnr. 169; v. Münch, in: BK, Art. 9 Rnr. 140; Leibholz-Rinck, Art. 9 Rnr. 7; BVerfGE 50, 367; ob sedes materiae der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 9 III oder Art. 2 I, offengelassen von BAG NJW 1967, 843 (845)
- (4) BVerfGE 19, 322; Leibholz-Rinck, Art. 9 Rnr. 7 a.E.
- (5) Vgl. Thiele JR 1977, 144 (146); Lenel, Die Aussprache, 1962, S. 1 ff.

Darüber hinaus müßte sich aus den beiden von Art. 9 III Satz 2 angeordneten Rechtsfolgen (Nichtigkeit der auf Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit gerichteten Abreden bzw. Rechtswidrigkeit ebensolcher Maßnahmen) das Verbot bestimmter Konzentrationstatbestände mit gleichzeitigem Entflechtungsgebot ableiten lassen. Im Unterschied zur Wettbewerbsbeschränkung durch Verhalten (beispielsweise Nichtigkeit von Kartellvereinbarungen) scheint aber die Rechtsfolgenanordnung des Art. 9 III Satz 2 bei Wettbewerbsbeschränkungen durch Zustand zu versagen. Könnte man bei Unternehmenszusammenschlüssen noch daran denken, die hierauf gerichteten Verträge (z.B. als Gesellschaftsvertrag oder als Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 AktG) der Rechtsfolge "Nichtigkeit" zu unterwerfen, so bietet Art. 9 III Satz 2 jedenfalls keine Rechtsfolge für ein Vorgehen gegen solche Unternehmen, die aus eigenem so groß geworden sind, daß sie zugunsten einer wieder verfassungskonformen Verfassungswirklichkeit Gegenstand von Entflechtungsmaßnahmen werden; denn hier sind es keine "Abreden" oder "Maßnahmen", die auf Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit gerichtet sein könnten, sondern ausschließlich der "Zustand" in einer von Unternehmenskonzentration geprägten Wirtschaft. Dieser Zustand ist nur mit (positiv) gestaltenden Maßnahmen (beispielsweise eben Entflechtungen) veränderbar.

Aber auch soweit es darum geht, die auf Unternehmenszusammenschlüsse gerichteten Verträge und Maßnahmen den Rechtsfolgen des Art. 9 III Satz 2 zu unterwerfen, ist die Anwendung des Art. 9 III Satz 2 mit kaum überwindbaren Schwierigkeiten verbunden. Denn wie etwa soll in einem sich über eine gewisse Dauer vollziehenden Konzentrationsprozeß der Zeitpunkt bestimmt werden, wo die Rechtsfolgen des Art. 9 III Satz 2 wirksam werden, weil die Koalitionsfreiheit von kleineren Wettbewerbern beeinträchtigt ist? Diese Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß die auf eine Fusion gerichteten Verträge und Maßnahmen nicht von vornherein, wie beispielsweise Kartellvereinbarungen, Wettbewerbsbeschränkungen zur Folge oder gar zum Ziel haben.

Zeigt sich also bereits bei der Rechtsfolgenbetrachtung, daß Art. 9 III Satz 2 ungeeignet ist, Konzentrationskontrollpolitische Probleme gestaltend zu lösen, soll gleichwohl noch kurz der Frage nachgegangen werden, ob die Freiheit von kleinen und mittleren Unternehmen, als solche weiterhin selbständig am wirtschaftlichen Wettbewerb teilzunehmen, und sich nicht zu oder mit großen Unternehmen (die dann Koalitionen i.S.d. Art. 9 III sein müßten) zusammenzuschließen, thematisch von Art. 9 III Satz 1 gewährleistet wird.

Dabei ist in dem von Art. 9 III Satz 1 verwendeten Begriff der Vereinigung auszugehen. Vom Wortsinn her könnte dieser auch Unternehmen umfassen, die durch personelle und finanzielle Verflechtungen, Eingliederung und Zusammenschlüsse etc. im Wachstum begriffen sind, und denen sich anzugliedern oder aber aus dem Markt auszuschneiden, kleinere und mittlere Unternehmen wirtschaftlich gezwungen sein können. Eine solche weitgehendst extensive Auslegung des Begriffes "Vereinigung" wäre möglich, da das Gruppierungsrecht ausdrücklich für alle Berufe gewährleistet ist und neben den Arbeitsbedingungen auch die Wirtschaftsbedingungen besonders aufgeführt sind (1).

Fraglich ist jedoch, ob dieses mittels grammatikalischer und systematischer Auslegung (2) gewonnene Ergebnis auch noch nach teleologischer und vor allem historischer Auslegung den Inhalt des Grundrechtes aus Art. 9 III festlegen kann. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit muß aus seiner Entstehungsgeschichte heraus als ein Ergebnis der sozialen Auseinandersetzung zwischen Kapital und Arbeit angesehen werden (3).

- (1) v. Münch, in: BK, Art. 9 Anm. b), S. 10
- (2) zu den Methoden der Verfassungsauslegung: Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 63
- (3) Scholz, in: M/D/H/Sch, Art. 9 Rnr. 134; Leibholz-Rinck, Art. 9 Rnr. 7; BVerfGE 50, 366 ff. unter Hinweis auf BVerfGE 4, 101 (104 f.); 18, 27 ff.; 19, 314; 38, 394; Krawielicki, DöV 1950, 735; Dürig NJW 1955, 729 f.

Koalitionen i.S.d. Art. 9 III sind daher nur die Berufsverbände der Arbeitnehmer und Arbeitgeber (1). Denn Art. 9 III geht zurück auf Art. 159 WRV, welcher seinerseits wiederum dem Grundsatz der Koalitionsfreiheit aus § 152 GewO Grundrechtseigenschaft verlieh (2).

Unternehmen, sollten sie Vereinigungscharakter haben, sind als Wettbewerber auf dem Markt daher lediglich Vereinigungen im allgemeinen Sinne des Art. 9 I, nicht aber Koalitionen mit arbeitsrechtlich-sozialpolitischer Frontrichtung (3). Schon deshalb kann in unserem Zusammenhang keine Verletzung des Grundrechtes der Koalitionsfreiheit durch konzentrierte Großunternehmen festgestellt und mithin eine durch Art. 9 III Satz 2 vorgegebene Entflechtungsanordnung qua unmittelbarer Drittwirkung dieser Bestimmung nicht entnommen werden.

bb) Die allgemein geltende unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Ein per-se-Verbot und Entflechtungsgebot übermäßiger wirtschaftlicher Konzentration könnte aber das Ergebnis der über den Bereich des Art. 9 III Satz 2 hinausgehenden allgemeinen Anwendung der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte sein. Wenn nämlich die grundrechtlichen Verbürgungen des Grundgesetzes im Verhältnis der hochkonzentrierten Wirtschaftseinheiten zu den übrigen Teilnehmern der Wirtschaftsgemeinschaft unmittelbar Platz griffen und rechtliche Wirkungen erzeugten, könnten Konzentrationsformen ab einem gewissen - eben grundrechtsbeeinträchtigenden Grade - als Verfassungsverstoß automatisch unerlaubt sein, ohne daß es erst einer gesetzlichen Regelung bedürfte.

- (1) Scholz, in: M/D/H/Sch, Art. 9, Rnrn. 3 und 159; v. Mangoldt-Klein, Art. 9 Anm. V. 9.; v. Münch, Art. 9 Rnr. 38
- (2) Daß wettbewerbsbeschränkende Verträge (Kartelle) nicht in den Schutzbereich des Art. 9 III fallen können, hat Krawielicki (DöV 1950, 857 ff.) vor allem mit Argumenten aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes der Koalitionsfreiheit überzeugend nachgewiesen. Dagegen: Dürig, NJW 1955, 729 (730)
- (3) v. Münch, in: BK, Anm. b) S. 10

Daß bei einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens Freiheitsräume von Wirtschaftssubjekten im Umfeld dieses Unternehmens eingegrenzt werden (etwa von Lieferanten, Kunden oder Konkurrenten), die thematisch von den Grundrechten gewährleistet sind (wie etwa die wirtschaftliche Handlungsfreiheit, Art. 2 I (1); die Berufsfreiheit, Art. 12; die Eigentumsgarantie, Art. 14 I oder etwa auch die Vereinigungsfreiheit, Art. 9) zumindest jedoch konzentrativen Wirtschaftseinheiten diese Tendenz innewohnt, ist sofort und ohne weiteres einsichtig (2). Fraglich ist nur, ob ein Grundrechtsverstoß als solcher diese Eingrenzung unzulässig und damit die konzentrierte Wirtschaftseinheit zu einer verfassungswidrigen (und schon deshalb verbotenen) Verfassungswirklichkeit macht. Es geht dabei letztlich "um die Erhaltung der privatrechtlichen Eigenständigkeit durch die Bewahrung des Privatrechts vor Übernahme von Verfassungsgrundsätzen mit zwingender, nicht erst vom Privatrecht nach eigenen Gesetzen mediatisierten Wirkung" (3).

Untersucht werden soll im folgenden, ob die Grundrechte gegenüber großen Unternehmen den Imperativ enthalten: "Ihr sollt eure wirtschaftliche und mithin gesellschaftliche Macht nicht soweit durch Konzentration ausdehnen, daß es zu Grundrechtsbeeinträchtigungen bei anderen Teilnehmern am wirtschaftlichen Leben kommt" und gleichzeitig die Rechtsfolge "Entflechtung" anordnen.

Wird hier negativ entschieden, so ist damit weiterhin die andere Frage offen, ob der Gesetzgeber wegen der mit den Grundrechten getroffenen Wertentscheidungen aufgerufen ist, die Grundrechtsverwirklichung durch Auflösung wirtschaftlicher Konzentration sicherzustellen (4). Letzteres zu bejahen, ist unabhängig von der Annahme einer grundrechtlichen Drittwirkung möglich.

(1) zur Frage, ob diese Freiheitsverbürgung in Art. 2 I oder im Art. 12 I i.V.m. Art. 14 I als spezielle Grundrechte enthalten sind, s.u. sub b) bb) (2) (a) u. (b), S.81 ff. und 94 ff.

(2) Rupp, NJW 1972, 1542

(3) Dürig, in: FS für Nawiasky, S. 156 (183)

(4) dazu unten unter b), S.47 ff.

Die Vertreter einer unmittelbaren Wirkung der Grundrechte gegen Privatpersonen begründen dies einerseits damit, daß sie die Grundrechte zu subjektiven (öffentlichen) Abwehrrechten auch gegen Private erklären, andererseits durch die Konzeption objektiver Rechtsprinzipien bzw. institutioneller Garantien aus den Grundrechten (1).

(1) Grundrechte als subjektive öffentliche
Abwehrrechte auch gegen Private

Mit der ersten Konstruktion würden die Grundrechte jedoch gerade ihren überkommenen Charakter als subjektive öffentliche (d.h. eben doch staatsgerichtete (2)) Rechte (3) verlieren und zu absoluten (d.h. gegen alle möglichen Angreifer gerichteten) Rechte werden (4). Ein absoluter Geltungsanspruch der Grundrechte muß aber vor allem zwei materiellen Bedenken begegnen.

Zunächst steht eine Gefährdung der Rechtssicherheit im Privatrechtsverkehr zu befürchten (5), denn die Aktualisierung von Grundrechten kann stets nur durch Abwägung im Einzelfall vollzogen werden (6), da sich im Privatrechtsstreit zumeist beide Parteien, anders als bei einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit auf Grundrechte berufen.

- (1) Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 146
- (2) dazu insbesondere: Forsthoff, in: FS für C. Schmitt, S. 35 (45 ff.)
- (3) Dieser Charakter ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung und der historischen Situation heraus, die zu ihrer Aufnahme in das Grundgesetz führte. Vgl. BVerfGE 7, 198 (209)
- (4) Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 1 III, Rnr. 102; ders., in: FS für Nawiascky, S. 157
- (5) Reimers, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, S. 16
- (6) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 147 ff.

Dieses wird gerade im Bereich privater Wettbewerbsbeschränkungen besonders deutlich: Hier wird die grundrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit des einen Privaten durch die Wahrnehmung von rechtlichen Möglichkeiten, die aus der ebenfalls grundrechtlich geschützten Wettbewerbsfreiheit des anderen fließen, beeinträchtigt (1). Es handelt sich somit um einen Fall der Grundrechtskollision (2), die zu lösen den (Zivil-) Richter vor die schwierige Aufgabe einer Grenzbestimmung stellen würde (3), zu der in erster Linie der Privatrechtsgesetzgeber berufen ist (4).

Vor allem aber sehen die Gegner einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte dadurch die Prinzipien der Vertragsfreiheit stark beschränkt (5). So würde sich nach Dürig (6) das gegen den Staat gerichtete generelle Freiheitsrecht des Art. 2 I in sein Gegenteil verkehren, wenn man dem freiheitlichen Individuum nicht das Recht zugestünde, von Grundrechtsätzen, die für staatliches Handeln unabdingbar sind, abweichen zu können. Zu den grundrechtlich abgesicherten Freiheitsräumen gehört es eben auch, im Privatrechtsverkehr unter gleichgeordneten (7) Individuen so aufzutreten, wie es der Staat im "Subordinationsverhältnis" nicht dürfte (8). Schließlich können auch der Wortlaut des Art. 1 III und ein Umkehrschluß aus Art. 9 III Satz 2 als Argumente der grammatikalischen und systematischen Auslegung für die Ablehnung einer generell geltenden und unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte herangezogen werden.

- (1) wie im einzelnen noch gezeigt werden wird, vgl. unten unter b) bb) (2) (a) und (b), S. 81 ff. und 94 ff.
- (2) Lerche, Verfassungsfragen, S. 15
- (3) Hesse, aaO. S. 149
- (4) Lerche, aaO.; Hesse, aaO.
- (5) Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 1 III, Rnr. 129 m.w.N.; ders., in: FS für Nawiasky, S. 157 (158 f.); Rupp, NJW 1972, 1537 (1542); Hesse, aaO.; aa: v. Münch, Grundbegriffe, S. 91 f.
- (6) aaO.
- (7) und gleichgeordnet bleiben letztlich auch die großen Unternehmen im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern und Marktgegnern trotz vielfältiger Versuche, ihnen einen quasi öffentlich-rechtlichen Status zu geben. S. dazu unten unter (3), S. 40 ff.
- (8) Dürig, aaO., S. 159

(2) Grundrechte als objektives Rechtsprinzip
oder institutionelle Garantie

Die gleichen materiellen Bedenken im Hinblick auf die Auswirkungen einer unmittelbaren Drittwirkung, die gegen die Auffassung der Grundrechte als Abwehrrechte (auch) gegen Private sprechen, sprechen dagegen, ihnen unmittelbare Drittwirkung dadurch zukommen zu lassen, daß man sie als objektives Rechtsprinzip und institutionelle Garantie betrachtet.

Der Ansatz, die Grundrechte als objektive Wertordnung und institutionelle Garantie zu sehen, sagt indessen allein noch nicht aus, daß ihnen unmittelbare Drittwirkung zukommt. Vielmehr kann dieses Grundrechtsverständnis auch lediglich die Konsequenz haben, daß der Privatrechtsgesetzgeber auf diese Weise zur Aktualisierung der Grundrechte aufgerufen ist bzw. die im Grundrechtskatalog niedergelegte objektive Wertordnung im Privatrecht vor allem durch die Rechtsprechung mittels der wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Begriffe und Generalklauseln realisiert wird (1). Daß die im Grundgesetz getroffene verfassungsrechtliche Grundentscheidung als objektive Wertordnung für alle Bereiche des Rechts gelten muß, ist unbestritten. Das Problem, das hier diskutiert wird, ist, wie diese durch die Grundrechte getroffenen Wertentscheidungen sich auswirken (2).

Eine unmittelbare und generelle Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr, die dort Gebote und Verbote zeitigte, jedoch, ist nach alledem als Lösung dieses Problems abzulehnen.

(1) grundlegend: BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth-Urteil);
s. dazu auch unten unter cc), S. 45 ff.

(2) Reimers, aaO. (Fn. 5, S.37) S. 14

- (3) Partielle Geltungskraft der Grundrechte im
Privatrechtsverkehr für große, mächtige
Unternehmen durch Gleichstellung dieser
(privaten) Macht mit der öffentlichen
Gewalt i.S.d. Art. 19 IV GG

Nun gibt es Versuche, zumindest eine partielle Geltungskraft der Grundrechte im Privatrecht darzutun. Den Weg dahin sollen Versuche ebnen, die ökonomisch-gesellschaftliche Macht, die großen Unternehmen zugewachsen ist, der staatlichen Gewalt i.S.d. Art. 19 IV gleichzustellen (1) und damit eine Bindung an nahezu alle individuellen Freiheitsrechte zu bejahen (2). Die Auffassung wird auch dadurch beleuchtet, daß Herzog (3) die Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte - politisch betrachtet - als eine der Antworten auf die Etablierung gewaltiger privater Machtstellung im Schoße der Gesellschaft ansieht. Wie bereits im Arbeitsrecht soll auf diesem Wege im Wettbewerbsrecht, als einem besonderen Bereich des Privatrechts, den Grundrechten eine gesteigerte Wirkung zuerkannt werden.

In die gleiche Richtung, wenngleich etwas hinter der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zurückbleibend, zielt auch der Ansatz, aus Art. 14 I Satz 2 eine gesteigerte Verantwortlichkeit und Pflichtigkeit der großen Unternehmen abzuleiten (4).

- (1) so: Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 522, Fn. 54, der jedenfalls dann "diese Gleichstellung für unerläßlich erachtet, wenn gesellschaftliche zu staatsartiger Macht denaturiert"; ähnlich: Ballerstedt, Grundrechte III/1, S. 57 ff.; besonders prononciert: Saladin VVDStRL 35, 7 ff. (34 ff.)
- (2) Ridder, Die Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat, S. 28; ähnlich: Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 227 m.w.N. in Fn. 53
- (3) Allgemeine Staatslehre, S. 392
- (4) Krüger, in: Schack-FS, S. 71 (79); ders., in: Grundrechte III/1, S. 300; im Ansatz ähnlich, wenngleich nicht die Konsequenz im Hinblick auf den öffentlichen Charakter großer Unternehmen ziehend: BVerfGE 14, 282

Mit allen diesen Versuchen soll den Großunternehmen ein (quasi -) öffentlicher Status verliehen werden. Dabei ist jedoch zu beachten, daß die in soziologisch-politologischer Betrachtung gewonnene Qualifizierung als "öffentlich", ein Befund der Verfassungswirklichkeit (1), nicht ohne weiteres dazu führen kann, dieser Qualifikation juristisch-normative Wirksamkeit in der Rechtsanwendung beizulegen (2).

So ist denn auch zunächst zu unterscheiden zwischen der Argumentation aus einer revolutionären Norminterpretation heraus und derjenigen, die von den gesellschaftlichen Realitäten her die Einstufung als öffentlich vornimmt (3).

Die gesellschaftlichen Realitäten sehen heute sicher die großen Unternehmen mit einem enormen Machtpotential ausgestattet (4), das sie in die Lage versetzt, gegenüber ihren Lieferanten (gekennzeichnet durch das Schlagwort "Nachfragemacht"), Konkurrenten und Kunden anders aufzutreten, als dies der idealtypischen Vorstellung vom Rechtsverkehr zwischen gleichberechtigt von ihrer Privatautonomie Gebrauch machenden Individuen entspricht (5). Gleichwohl fragt es sich, ob in diesem - gesellschaftlichen - Bereich die Freiheitspressionen für den Bürger nicht gänzlich anders geartet sind, als in seinem Verhältnis zum Staat (6).

- (1) Krüger, 46. DJT I/1, S. 24 ff., 30, 56, 77;
Daß großen Unternehmen aufgrund ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung ein öffentlicher Charakter zukommt, hat Ludwig Raiser bereits anläßlich des 39. DJT (Verhandlungen, B 57 (60)) hervorgehoben.
- (2) Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 62; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 39; ähnlich: Reimers, aaO. (Fn. 5, S. 37) S. 19
- (3) Martens, aaO. S. 20 f.
- (4) s. u. unter dd), S. 132 ff.
- (5) Benda, Industrielle Herrschaft, S. 270, 475, 517
- (6) Rupp, NJW 1972, 1542; für die Vergleichbarkeit staatlicher und gesellschaftlicher Machtausübung: Däubler, aaO. S. 227 f.

Dieses Andersgeartetsein ergibt sich zum einen durch den unterschiedlichen Interessengegensatz (hier: Individualinteressen der großen Unternehmen gegen Individualinteressen der betroffenen Wirtschaftssubjekte; dort: Gemeinwohlverantwortlichkeit des Staates gegen Individualinteressen der Bürger (1)), zum anderen durch die Technik und Wirkungsweise staatlicher Machtausübung (2). "Deshalb sind auch die Grundrechte kein wirksames Allheilmittel, um jeder Macht, wo immer sie auftritt, (unmittelbare) Grenzen zu setzen" (3). Die Grundrechte bedürfen zu ihrer Wirksamkeit im Bürger-Bürger-Verhältnis - und ein solches bleibt prinzipiell auch das Verhältnis zwischen mächtigen Großunternehmen und schwächeren Wirtschaftssubjekten - der Transformation durch den Gesetzgeber. Dazu bezieht Benda (4) nur scheinbar die Gegenposition, indem er ausführt: "Wenn der Staat, wie dies dem freiheitlichen Prinzip der Verfassung entspricht, sich dazu entschließt, auch private Macht im gesellschaftlichen und vor allem im ökonomischen Bereich zu dulden, dann kann er sich damit nicht aller Mitverantwortung für die solcher Macht unterworfenen Menschen entledigen, sondern muß im Gegenteil die gleichen Rechtsgarantien, die gegenüber Eingriffen der staatlichen Macht gegeben sind, auch auf solche Herrschaftsverhältnisse ausdehnen. Der mit der Sozialstaatsklausel erteilte Auftrag, der auch auf die Verhinderung der Ausbeutung sozial schwacher Gruppen der Bevölkerung gerichtet ist, spricht allein schon dafür, daß Grundrechte, die gegenüber dem Staat gelten, auch im Privatrechtsverkehr und vor allem im Arbeitsverhältnis, das wegen der möglichen sozialen Unterlegenheit der Arbeitnehmer stets ein gewisses Maß der Ausnutzung einer Machtstellung enthält, wirksam werden müssen." Dem ist insoweit zuzustimmen, als die in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Wertentscheidungen für die skizzierten gesellschaftlichen Herrschaftsverhältnisse nicht unbeachtet bleiben dürfen.

(1) ähnlich: Reimers, aaO. S. 18 ff. (19 unten)

(2) Rupp, Verfassungsrecht und Kartelle, S. 190

(3) aaO. S. 191; (Der Zusatz in der Klammer stammt vom Verfasser.)

(4) aaO. S. 517

Die entscheidende und hier umstrittene Frage betrifft jedoch das Wie dieser grundrechtlichen Wirksamkeit. Sie lautet: Soll die Wirksamkeit der Grundrechte das Ergebnis ihrer unmittelbaren Drittwirkung oder ihrer Aktualisierung und Konkretisierung durch die Gesetzgebung sein? Diese Frage ist im letzteren Sinne zu entscheiden (1). Mag die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte gegenüber Trägern überlegener sozialer Macht auch rechtspolitisch (de lege ferenda) diskutabel erscheinen (2), da das Verhältnis hier ähnlich ist, wie das des Staates gegenüber den Bürgern, und die überlegene Sozialmacht des Staates verfassungsgeschichtlich den tieferen Grund für die Beschränkung der Grundrechte auf den Staat bildete, so würde auch hier der Geltungsbereich der Grundrechte gegen den Willen des Verfassungsgebers ausgeweitet (3), wenngleich natürlich dem Gesetzgeber die Möglichkeit unbenommen bleibt, er gebebenfalls sogar die Verpflichtung hat, die Grundrechte in bestimmten Bereichen (also etwa gegenüber mächtigen Unternehmen und vor allem gegenüber Verbänden) für die grundsätzlich sich im Koordinationsverhältnis beegnenden Rechtsgenossen untereinander verbindlich zu machen (4).

Daß die Grundrechte je mehr Beachtung finden, je mehr es um den Schutz personeller Freiheit gegen Ausübung wirtschaftlicher oder sozialer Macht geht, kann als unbestritten gelten.

Nur insoweit kann auch der Argumentationsführung Ballerstedt's (5) zugestimmt werden, der aus Art. 20 und 28 eine Grundpflicht des Bürgers zur Sozialität ableitet, die als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung anzuerkennen sei. Damit komme Verfassungsrang allen denjenigen Problemen zu, welche die Stellung eines Rechtsgenossen als Teilhaber der Wirtschaftsgemeinschaft berühren. Das gelte namentlich dort, wo es um den Schutz von Würde, Freiheit oder Gleichheit gegenüber nicht hoheitlichen Gewalten (überragende Marktmacht etwa) gehe.

(1) für gleichgültig hält diese Frage: Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 392 unten

(2) so BAGE 1, 185 (191 ff., 194)

(3) Stein, Staatsrecht, S. 250; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 150

(4) Reimers, aaO. (Fn. 5 S. 37.) S. 18 f. und 20

(5) in: Grundrechte III/1, S. 57 ff.

Ökonomisch-sozial begründete Macht müsse daher in der rechtlichen Bewertung der hoheitlichen Macht gleichgestellt werden, mit der Folge, daß immer dann eine analoge Grundrechtsanwendung in Betracht komme. Dogmatische Voraussetzung hierfür sei der aus dem Sinn des Sozialstaatsgedankens entwickelte Grundsatz der "Sozialpflichtigkeit" der Bürger.

Dagegen dürfte die "analoge Anwendung" der Grundrechte (1) (= unmittelbare Drittwirkung?) wohl kaum der richtige Weg sein, der in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Ordnungsidee des Verfassungsgebers von einer frei verfaßten Wirtschaft zum Durchbruch zu verhelfen. Gerade am Beispiel der Begrenzung unternehmerischer - also doch wohl noch gesellschaftlicher, nicht staatlicher - Macht zeigt sich, daß die "Grundrechte kein wirksames Allheilmittel (sind), um jeder Macht, wo immer sie auftritt, Grenzen zu setzen" (2), eben deshalb, weil im Rahmen außerstaatlicher Machtkonzentrationen sich auch derjenige, gegen den die unmittelbare Anwendung der Grundrechte Rechtsfolgen herbeiführen soll, auf grundrechtliche Gewährleistungen berufen kann (3). Eine "sachgerechte Therapie" (4) des status quo wirtschaftlicher Konzentration durch die analoge bzw. unmittelbare Anwendung der Grundrechte ist aufgrund der Unsicherheit über die Eingriffsvoraussetzungen sowie der Komplexität und Kompliziertheit der im jeweiligen Einzelfall in Betracht kommenden Entflechtungsmaßnahmen nahezu aussichtslos (5).

- (1) Ballerstedt, aaO. S. 59
- (2) Rupp, aaO. (Fn. 2, S. 42) S. 191
- (3) Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 2 I Rnr. 58
- (4) Rupp, aaO.
- (5) Ebenso war für die weitere Ausgestaltung des Kartellverbotes ein politischer Akt des einfachen Gesetzgebers erforderlich. Im übrigen sind die Normen des GWB in ihrer Gesamtheit nicht vollinhaltlich mit den wirtschaftlich relevanten Grundrechtsbestimmungen identisch. Das GWB konnte nämlich nicht mit Hilfe einer Auslegung des Grundgesetzes geschaffen werden. Vgl. Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, S. 11

"So würde sicherer Boden endgültig verlassen, wollte man beispielsweise die besonderen Probleme der Machtausübung von Großunternehmen ... durch unmittelbaren Rückgriff auf das Grundgesetz bewältigen." (1)

Konkrete Imperative an die Unternehmen im Sinne unserer Ausgangsfrage (2) und vor allem die Anordnung bestimmter Rechtsfolgen im Hinblick auf eine Unternehmensentflechtung können den Grundrechten auch bei allergrößter Anstrengung des Interpretieren nicht entnommen werden.

cc) Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Übrig bleibt von der Drittwirkungslehre bei der herrschenden Meinung lediglich eine mittelbare Wirkung der Grundrechte gegenüber Privatrechtssubjekten durch ihre Mediatisierung über solche Gesetze, die dem Privatrecht zugeordnet werden, namentlich über dessen Generalklauseln wie insbesondere den wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Normen der §§ 138, 242, 826 BGB (3). Diese werden damit zu "Einbruchstellen der Grundrechte in das Zivilrecht" (4) bzw. zu "Grenzpfeilen des öffentlichen Rechts, die im öffentlichen Interesse errichtet sind" (5). Problematisch ist jedoch die Anwendung der durch die Grundrechte auszufüllenden §§ 138, 242, 826 BGB auf Wettbewerbsbeschränkungen durch Zustand, also Tatbestände der Unternehmenskonzentration. Können Wettbewerbsbeschränkungen durch Verhalten (etwa Kartellvereinbarungen, Boykotte u.ä.) verhältnismäßig einfach durch die Rechtsfolgen der §§ 138, 242, 826 BGB unter Kontrolle gebracht werden (die entsprechenden Verträge sind, da sie gegen die guten Sitten verstoßen, gemäß § 138 BGB nichtig;

(1) Reiner Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S. 246 f.

(2) s. o. S. 36

(3) BVerfGE 7, 198 ff. (204); Dürig, in: Grundrechte II, S. 525; Hesse, aaO. S. 147 ff.; Reimers, aaO. (Fn. 5, S. 37) S. 15 ff.; Vgl. den Überblick über den Meinungsstand bei Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 146

(4) Dürig, aaO.

(5) Reimers, aaO. S. 16

Boykotte lösen für den Boykottierten einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB aus, da der Boykottierende ihm in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zufügt (1)), erscheint dies bei Wettbewerbsbeschränkungen durch den Zustand übermäßiger Unternehmenskonzentration überaus schwierig, wenn nicht gar unmöglich. Weil es bei der Entflechtung dieser Konzentrationstatbestände im wesentlichen um eine rechtsgestaltende Aufgabe geht, zu der die Kartellbehörden eine alle Einzelheiten regelnde Ermächtigungsgrundlage benötigen, helfen auch die durch die Grundrechte ausgefüllten Generalklauseln des Privatrechts nur wenig weiter.

All dies macht deutlich, daß es letztlich nur die Aufgabe des Gesetzgebers ist, zur Aktualisierung der Grundrechte im Wettbewerbsrecht entscheidend beizutragen (2). Es wird also sichtbar, daß "das gesetzgebende Parlament ... in der Verfassung nicht nur eine Schranke seines politischen Willens, sondern auch Auftrag und Richtlinie für die soziale Ordnung und Gestaltung (findet)." (3)

Ob und welchen Grundrechten und anderen Verfassungsbestimmungen im einzelnen ein Gesetzgebungsauftrag zur Entflechtung entnommen werden kann, soll im folgenden geprüft werden.

(1) Obgleich natürlich das GWB detaillierte, die §§ 138, 242, 826 im Bereich des Wettbewerbsrechts nahezu vollständig verdrängende Regelungen enthält.

(2) Hesse, aaO. S. 247 ff.

(3) Badura, WiR 1974, 1 (2)

- b) Aus dem Grundgesetz ableitbarer "Gesetzgebungs-auftrag" zur Verhinderung bzw. Beseitigung wirtschaftlicher Konzentration durch Unternehmensentflechtungen

Diesem Problem ist unter zwei unterschiedlichen, allerdings vielfach miteinander verwobenen Fragestellungen nachzugehen.

Die erste (1) betrifft den methodisch-dogmatischen Ansatz eines verfassungsrechtlichen Gesetzgebungs-auftrages zur Entflechtung, mithin vor allem den viel diskutierte Funktionswandel der Grundrechte von lediglich negatorischen Abwehrrechten hin zu einem an den Staat gerichteten, verpflichtenden Auftrag, für die Bedingungen zu sorgen, die in einem hochkomplexen System des gesellschaftlichen Mit- und Gegeneinander erforderlich sind, um die Individualfreiheiten des einzelnen verwirklicht zu machen. Dabei stoßen freilich die Grundrechtsdogmatik und ihre Auslegungsmethoden auf eine Grenze, bei deren Erreichen eine mit dogmatischer Argumentation allein nicht mehr begründbare Entscheidung für das eine oder andere Grundrechtsverständnis mit seinen Konsequenzen für die staatlichen Aktivitäten abverlangt wird (2).

Gegenstand der zweiten Fragestellung (3) sind diejenigen Aussagen des Grundgesetzes, die im Konkreten den staatlichen Gesetzgeber angesichts einer bestimmten Verfassungswirklichkeit verpflichten können, Maßnahmen zur Unternehmensentflechtung vorzusehen. Hierbei geht es, wie bei der Drittwirkungsproblematik, materiell gesehen um die Frage, wie die Grundrechte das von einem Zivilgesetz (und in ein solches - das GWB - wären die Regelungen zur Unternehmensentflechtung einzufügen) geordnete Verhältnis zwischen grundsätzlich koordinierten Rechtsgenossen, prägen (4).

(1) sub aa), sogleich S. 48 ff.

(2) Diese Grenze zwischen Hermeneutik und Dezision markiert auch Bull, Staatsaufgaben, S. 157

(3) sub bb), S. 67 ff.

(4) Rupp, Verfassungsrecht und Kartelle, S. 199

Dabei sei schon jetzt auf die später (1) noch zu beachtende These hingewiesen, daß, wenn die Verfassung einen konkreten Gesetzgebungsauftrag (zur Unternehmensentflechtung) erteilt, sie davon ausgeht, daß dann auch die einschlägigen Grundrechte den notwendigen Beschränkungen unterworfen werden können (2).

aa) Methodisch-dogmatischer Ansatz für einen
"Gesetzgebungsauftrag" aus den Grundrechten
in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip

Zur Begründung eines in den Grundrechten enthaltenen Gesetzgebungsauftrages ist entscheidend von der Funktion der Grundrechte in Staat und Gesellschaft und im Verhältnis dieser beiden unterschiedlichen Funktionsbereiche zueinander auszugehen (3). Denn es geht darum, vor gesellschaftlichen, nicht - wie es der überkommenen Grundrechtstradition entsprechen würde - vor staatlichen Freiheitspressionen Schutz zu gewähren, so daß es bei der "klassischen" - auf Georg Jellinek zurückgehenden - Definition der Grundrechte als Rechte des status negativus nicht bleiben kann.

(1) Grundrechtstheorie als Ausgangspunkt und Entscheidungshilfe

Schon hier wird deutlich, daß die Beantwortung der Frage, ob die Grundrechte einen Gesetzgebungsauftrag enthalten können, ob mit anderen Worten den Staat eine Garantie- oder Gewährleistungspflicht für die Realisierung der grundrechtlichen Freiheiten trifft, auch wesentlich davon abhängt, welche Grundrechtstheorie der Verfassungsinterpretation bzw. der Auslegung des einzelnen Grundrechtes zugrundeliegt.

(1) unten sub IV. 2., S. 149 ff.

(2) Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 207. Der Hinweis auf die Unternehmensentflechtung innerhalb der Klammer stammt vom Verfasser. Vgl. unten unter cc), S. 127 ff. (131)

(3) ebenda

Hierbei ist freilich streitig, ob die einzelnen Grundrechtstheorien nebeneinander bzw. unterschiedliche Theorien im Hinblick auf unterschiedliche Grundrechte gelten können (1), oder ob die verschiedenen, sich teilweise in ihren Konsequenzen widersprechenden Konzeptionen eben keine wahlweise heranziehbareren Interpretationsansätze liefern können, sondern als Ausdruck selbständiger Staatsauffassungen und Grundvorstellungen über das Beziehungsverhältnis des einzelnen zur staatlichen Gemeinschaft, hinter denen eine bestimmte Idee der Verfassung steht, insoweit diese die grundlegende rechtliche Ordnung des Verhältnisses der Einzelnen und der Gesellschaft zum Staat darstellt, immer nur als Ausschließlichkeitsdogma und für den Grundrechtskatalog insgesamt vertreten werden dürfen (2).

Diese methodisch gegensätzlichen Ansatzpunkte spielen dann eine Rolle, wenn untersucht wird, welche Grundrechte von Lieferanten, Konsumenten, Wettbewerbern oder Arbeitnehmern durch Unternehmenskonzentration im einzelnen betroffen werden. So wäre unter Zugrundelegung der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bei jedem einzelnen Grundrecht zu prüfen, ob es bei seinem Beeinträchtigtsein durch Unternehmen mit überlegener Sozialmacht den staatlichen Gesetzgeber verpflichtet, zu seinem Schutz, seiner Effektivierung und Aktualisierung tätig zu werden, während nach der Methode Böckenfördes die Grundrechtstheorie des Grundgesetzes festzustellen wäre, um dann, sobald die Beeinträchtigung eines Grundrechtes feststünde, allein aus der einmal getroffenen grundrechtstheoretischen Entscheidung einen Gesetzgebungsauftrag anzunehmen oder abzulehnen.

- (1) so etwa: BVerfGE 27, 71 (81 f.)
- (2) so Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1536 f.) der dann konsequenterweise zugleich die Frage nach der Grundrechtstheorie des Grundgesetzes stellt.

Während in Rechtsprechung und Literatur grundrechtstheoretische Probleme kaum als solche verortet, sondern pragmatisch unter Zugrundelegung einer beliebigen Theorie oder beliebiger Komponenten aus verschiedenen Theorien gelöst werden, was den Vorwurf einer unreflektierten Auffassung begründet hat (1), unternimmt Böckenförde (2) den Versuch einer Systematisierung und inhaltlichen sowie methodischen Konkretisierung der unterschiedlichen theoretischen Ansätze. Trotz dieses Verdienstes kann seiner Konsequenz einer vereinheitlichten Grundrechtsinterpretation unter Anwendung nur einer - grundgesetzlich statuierten - Grundrechtstheorie nicht gefolgt werden.

Die "ordnungspolitischen Grundkonzeptionen", die gewissermaßen hinter den Grundrechtsartikeln verborgen sind, sind eben nicht "aus einem Guß" (3). Eine einheitliche Theorie der Grundrechte scheitert daran, daß die Grundrechte Freiheit und Gleichheit in allzu heterogenen Lebens- und Gesellschaftsbereichen garantieren und aus ganz unterschiedlichen Konfliktsituationen stammen (4). So sind die Grundrechte je nach ihrer Thematik mehr oder weniger beeinflusst von anderen grundgesetzlichen Fundamentalentscheidungen wie diejenige für den Rechtsstaat, den Sozialstaat oder die Demokratie (5), ohne daß man dabei, etwa um darzutun, daß das Grundgesetz die Staatsintervention in einem weiteren Rahmen zuläßt, als von liberalen oder konservativen Varianten der Theorie der Wirtschaftsverfassung bzw. der Verfassungsrechtsprechung zugestanden wird,

(1) Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 60

(2) NJW 1974, 1529 ff.

(3) Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 363

(4) ebenda

(5) Daher kann es auch nicht die "alternative Verfassungstheorie" geben. Vgl. dazu Reich, Macht und Recht, S. 90 ff.

nur selektierte Verfassungsgrundsätze in den Mittelpunkt rücken darf (1), oder gar etwa die Auffassung vertreten dürfte, der Gesetzgeber sei im Bereich des zum verfassungsfesten Minimum des Art. 79 III gehörenden Sozialstaatsprinzips von der Beachtung der Grundrechte suspendiert (2). Darüberhinaus gibt es grundrechtlich gesicherte Bereiche, aus denen sich der Staat vollständig zurückzieht. Dazu gehören Bereiche des Denkens und des Glaubens (sog. weltanschaulich neutraler Staat - "Gedanken sind zollfrei" -) ebenso wie die Kunstfreiheit (3). Andererseits liegt anderen - primär "staatsfreien" - Bereichen individueller Betätigung ganz besonders deutlich vor allem die liberale Gesellschaftstheorie zugrunde. Diese Bereiche sind mit den Stichworten "öffentliche Meinung", "Wirtschaft" und "Privatleben" zu überschreiben (4). Hier baut der vom Bonner Grundgesetz konzipierte Staat darauf, daß durch die Freisetzung der im Individuum vorherrschenden Kräfte der Vernunft die bestmögliche Lösung aller denkbaren gesellschaftlichen Probleme entstehen muß (5). Somit kommt gerade den in unserem Zusammenhang thematisch einschlägigen Grundrechten nicht nur die Bedeutung von Kompetenzverteilungsvorschriften im Verhältnis von Staat und Gesellschaft zu, sondern darüberhinaus die Bedeutung von Konstitutionsprinzipien des Selbstregulierungsautomatismus Gesellschaft (6).

- (1) Wie dies Reich (ebenda) bei den Anhängern einer alternativen Verfassungstheorie durch besondere Betonung der Demokratie- und Sozialstaatsklausel, der Sozialbindung des Eigentums bei gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit, der Sozialisierungermächtigung sowie der Vorschriften des Grundgesetzes über Menschenwürde und über die Garantie der Koalitionsfreiheit in Art. 9 III ausmacht. Gegen ein solches Vorgehen mit Recht auch Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 195 f.
- (2) so aber Abendroth, Das Grundgesetz, S. 65 f.
- (3) Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 365
- (4) aaO. S. 366
- (5) ebenda
- (6) ebenda

Daß der ordnungspolitische Hintergrund der Grundrechte, mithin wohl auch die Grundrechtstheorie, nicht vereinheitlichbar ist, gilt selbst dann, wenn - wie in unserem Zusammenhang - nur solche Grundrechte zu interpretieren sind, die einen ganz bestimmten, umgrenzten Bereich individueller Entfaltung (denjenigen, der den Grundrechtssubjekten im Wirtschaftsleben zukommt) prägen.

Nach alledem stellt sich die Frage der Grundrechtstheorie und infolgedessen speziell diejenige nach einem von den Grundrechten gegebenen Gesetzgebungsauftrag bei den gesondert zu untersuchenden einzelnen Grundrechten (1) jeweils neu.

(2) Abkehr vom alt-liberalen Grundrechtsverständnis oder Bejahung der Drittwirkung als Alternative

Gerade wenn man noch mit äußerster Konsequenz dem negatorischen Grundrechtsverständnis anhängt, erscheint es erforderlich, zumindest das Dogma von der ausschließlichen Staatsgerichtetheit dieser Negation aufzugeben und einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte mithin zuzustimmen; denn daß die im Grundrechtskatalog gewährleisteten Freiheitsräume auch gegenüber mächtigen Privaten ihrer Aktualisierung bedürfen, ist heute unbestritten (2).

Dies setzt die - denn auch bestehende - Übereinstimmung voraus, daß die Grundrechte "irgendwie" auch in den gesellschaftlichen Bereich hineinreichen, sei es, daß sie soziale Verhaltensnormen statuieren und damit eine Funktion der Gemeinschaftsethik haben (3), Gesetzgebungsaufträge erteilen oder aber zwischen Privatrechtssubjekten unmittelbar geltende Rechtssätze darstellen (Drittwirkung).

(1) s. u. sub bb) S. 67 ff.

(2) Bereits 1946 bezeichnete Franz Böhm (SJZ, S. 142) die Sicherung der Grundrechte auch gegen private Machtträger als eine verfassungspolitische Aufgabe allerersten Ranges und größter Dringlichkeit. S. auch oben S. 42 ff. und passim

(3) Vgl. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 210

Gültigkeit hat diese Erkenntnis auch gerade im Bereich der Wirtschaft, der den Regeln des Rechts nicht etwa aufgrund besonderer rechtlich nicht erfaßbarer Eigengesetzlichkeiten entzogen ist. "Deshalb gibt man das Recht als solches preis, wenn man die Grundrechte für unanwendbar erklärt, soweit es sich um Probleme ökonomischer Funktionalität handelt." (1)

Um die also gebotene Aktualisierung und Effektivierung der Grundrechte zu ermöglichen, ist es daher unumgänglich, entweder eine Erweiterung ihres Adressatenkreises im Sinne der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung zuzulassen, oder aber das traditionelle Funktionsverständnis der Grundrechte (teilweise) aufzugeben und auf diesem Wege zu einem Gesetzgebungsauftrag (mit welcher Verpflichtungskraft und inhaltlichen Bestimmtheit auch immer) zu kommen. Denn nur auf die eine oder andere Weise vermögen es die Grundrechte, auch im Bereich der Gesellschaft individuelle Freiheiten und das erstrebenswerte Maß an Gleichheit (2) zu sichern.

Da die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte aber tiefgreifenden Bedenken begegnet und das Problem der Beseitigung wirtschaftlicher Konzentration durch Unternehmensentflechtung nicht zu lösen vermag (3), bleibt die Annahme eines seitens der Grundrechte erteilten Gesetzgebungsauftrages vom Ansatz her der einzig erfolgversprechende Weg, den Grundrechtsverbürgungen auch im gesellschaftlichen Raum gegenüber drohenden Verkümmierungen menschlicher Freiheit zum Durchbruch zu verhelfen. Für diesen Weg spricht auch Art. 1 III, wonach die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden.

(1) Mestmäcker, ZHR 137 (1973), 97 (105)

(2) Zum Problem der Koordinierung von Freiheitsrechten und Gleichheitsansprüchen innerhalb der Gesellschaft durch das Wettbewerbsrecht vgl. Großfeld, WuW 1968, 719 (720 ff.).

(3) s. o. S. 37 ff.

"Binden" beinhaltet "achten und schützen", was aus dem Zusammenspiel von Art. 1 I Satz 2 und Art. 1 III gefolgert werden kann. "Die Bindung der Gesetzgebung an die Grundrechte erschöpft sich also nicht im Verbot einer unmittelbaren Verletzung der Grundrechte durch die Gesetzgebung, sondern umfaßt auch das Gebot eines Schutzes der grundrechtlich garantierten Werte gegenüber anderen Trägern überlegener Sozialmacht" (1). Es geht mit anderen Worten darum, die "tatsächliche Ausübbarkeit der Grundrechte zum vorstellbaren Bestandteil verfassungsgeschützter Freiheit" (2) zu machen. Bei dieser "tatsächlichen Ausübbarkeit der Grundrechte" geht es in unserem Zusammenhang jedoch nicht - wie es einer Dimension des gewandelten Funktionsverständnisses der Grundrechte entsprechen würde - darum, die materiellen Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Grundrechte durch die Bürger staatlicherseits vorzuhalten, also soziale Gegebenheiten zu garantieren (3), sondern lediglich darum, den Staat (vor allem den gesetzgebenden) als Schutzherren angesichts von Grundrechtsbeeinträchtigungen im Wirtschaftsleben durch die Träger überlegener Sozialmacht in die Pflicht zu nehmen.

- (1) Stein, Vermögensbildung und Grundrechte, S. 35
- (2) Kloepfer, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, S. 15
- (3) zur Kritik an diesem Grundrechtsdenken, das vor allem der Begründung von sog. sozialen Grundrechten dient, vgl.: Martens, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 8 ff. (insbesondere S. 32 ff.)

(3) Verpflichtungskraft und inhaltliche
Bestimmtheit eines verfassungsrechtlichen
Gesetzgebungsauftrages

Mit der Bejahung einer staatlichen Schutz- und Garantiepflcht für die Ausübbarkeit der Grundrechte auch gegenüber gesellschaftlichen Kräften ist freilich noch nicht gesagt, daß das Grundgesetz vor der Verfassungswirklichkeit des Jahres 1983 einen Gesetzgebungsauftrag zur Beseitigung von Konzentration in der Wirtschaft durch Unternehmensentflechtungen enthält, vielmehr nur, daß die Verfassung sich prinzipiell zum Auftraggeber staatlicher Gesetzgebung eignet und der Gesetzgeber angesichts einer bestimmten Verfassungswirklichkeit zum Tätigwerden verpflichtet sein kann. "Die Grundrechtsnormen sind auch insoweit nicht nur unverbindliche Programmsätze, sondern rechtlich verpflichtende, wenn auch weitmaschige und in der Regel noch keine unmittelbaren Leistungsansprüche gewährleistende Leitmaximen, in deren Rechtsbann sich auch der grundrechtlich zur Schaffung der Voraussetzung von individueller Freiheit aufgerufene Gesetzgeber bewegt" (1). Damit hängt dann die Verwirklichung individueller Freiheit nicht mehr ausschließlich von ihrer Garantie durch die gewählte Parlamentsmehrheit ab und ist mehr als ein Reflex kollektiver Zielsetzungen wie sie das sozialistische Grundrechtsverständnis konzipiert (2).

Es muß jedoch noch genauer bestimmt werden, wie konkret ein Auftrag der Verfassung an den Gesetzgeber sein darf und welche Verpflichtungskraft ihm zukommt, mit anderen Worten, ob er verbindliche Direktive sein kann oder lediglich einen Appell zum Tätigwerden darstellen darf.

(1) Rupp, VVDStRL 30, 180 (Diskussionsbeitrag innerhalb der Aussprache)

(2) Rupp, ebenda

Mit der Frage, ob die Grundrechte einen Gesetzgebungsauftrag erteilen können - wenn auch in einem ganz anderen sachlichen Zusammenhang - hat sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 25. Februar 1975 (1) auseinandergesetzt. Dort ging es um die Verfassungsmäßigkeit der sogenannten "Fristenlösung" des Schwangerschaftsabbruchs. Dabei hat sich das Gericht die Frage vorgelegt, ob den Staat eine Pflicht zum strafrechtlichen Schutz der Grundrechtsgüter (2) treffe, allgemeiner gesprochen also auch diejenige nach einem grundrechtlich erteilten Gesetzgebungsauftrag. Die Begründung, mit der das Bundesverfassungsgericht zur Bejahung einer den Staat treffenden Schutzpflicht für das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Embryos gekommen ist, soll und kann für unsere Fragestellung nicht nutzbar gemacht werden. Wohl aber können die Argumente, mit denen die Richterin Rupp von Brünneck und der Richter Dr. Simon ihre abweichende Meinung gestützt haben (3), für die Frage der Verpflichtungskraft und der inhaltlichen Bestimmtheit eines seitens der Grundrechte erteilten Gesetzgebungsauftrages in eine bestimmte Richtung weisen (4).

Danach begegnet jedenfalls der als verbindlich verstandene, konkrete Zielsetzungen und dazu erforderliche Maßnahmen ausgebende Gesetzgebungsauftrag wesentlichen Bedenken, wenngleich das Bemühen, den Grundrechten in ihrem freiheitssichernden und auf soziale Gerechtigkeit angelegten Gehalt größere Wirksamkeit zu verleihen, auch in der abweichenden Meinung begrüßt wird:

- (1) E 39, 1 ff.
- (2) Literaturhinweise zu diesem Thema finden sich bei Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 212 in Fn. 85
- (3) BVerfGE 39, 1 (68 ff.)
- (4) Ohne daß damit freilich seitens des Verfassers zu dem in BVerfGE 39, 1 ff. entschiedenen sachlichen Problem in irgendeiner Weise Stellung genommen werden soll.

Zum einen würde der vom Bundesverfassungsgericht gewählte grundrechtstheoretische Ansatz der Zugrundelegung einer objektiven Wertentscheidung letztlich dazu dienen, eine Pflicht des Gesetzgebers zum Erlaß von Normen zu postulieren, die einen denkbar starken Eingriff in den Freiheitsbereich des (in unserem Zusammenhang: unternehmerisch tätigen) Bürgers bedeuten würden (1). Damit könnte es zu einer Verkehrung der Funktion der Grundrechte als "Hort der Freiheit" in ihr Gegenteil kommen. Sie würden zur Grundlage einer Fülle freiheitsbeschränkender Reglementierungen. Zum anderen wäre schließlich eine bedenkliche Ausweitung der verfassungsrechtlichen Kontrolle die Folge (2): Es wäre möglicherweise durch das Bundesverfassungsgericht etwa zu prüfen, ob eine bestimmte Verfassungswirklichkeit (d.h. in unserem Zusammenhang eine von Konzentration geprägte Wirtschaft) noch mit den grundrechtlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes übereinstimmt oder ob, da dies nicht der Fall ist, der Gesetzgeber tätig werden muß. Damit würden - im Grunde politische - Entscheidungen, die von Exekutive und Legislative autonom zu treffen wären, in die Kompetenz der Jurisdiktion überstellt, indem man sie verfassungsrechtlich determiniert.

Gleichzeitig weisen die beiden Bundesverfassungsrichter in ihrer abweichenden Meinung jedoch darauf hin, daß schon wegen der wachsenden Bedeutung fördernder Sozialmaßnahmen für die Effektivierung der Grundrechte auch in diesem Bereich nicht auf jede verfassungsgerichtliche Kontrolle verzichtet werden kann.

- (1) Dies gilt gleichermaßen für die hier so unterschiedlichen Sachbereiche wie die strafrechtliche Sanktionierung der Abtreibung und die Unternehmensentflechtung.
- (2) Auf das Problem der Kontrollbefugnis des BVerfG in diesem Zusammenhang weist auch Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 226, hin.
Vgl. dazu auch unten unter IV. 3., S. 222 ff.

Hier, wie bei der Darlegung ihrer abweichenden Meinung überhaupt, setzen sich die Verfasser dem Vorwurf aus, hinsichtlich des Gebotenseins grundrechtlicher Aktualisierung durch den Gesetzgeber mit zweierlei Maß zu messen: Geht es darum, fördernde Sozialmaßnahmen zur Effektivierung grundrechtlicher Garantien einzusetzen, sprechen sie nicht nur ohne weiteres von einer dem Staat verfassungsrechtlich vorgegebenen Aufgabe, sondern halten sogar den Verzicht auf jede verfassungsgerichtliche Kontrolle für nicht tunlich, während sie auf der anderen Seite, soll derselbe theoretische Ansatz dazu dienen, im Bereich sozialethischer Fragen in der Sache zu eher "konservativen" Ergebnissen zu kommen (nämlich zu einer den Staat treffenden strafrechtlichen Sanktionspflicht für nicht indizierte Schwangerschaftsabbrüche), diesen als freiheitsgefährdend verwerfen. Gleichwohl sind ihre Argumente gegen die allzu vorschnelle und unreflektierte Annahme von Schutzpflichten und Gesetzgebungsaufträgen, die sich aus den Grundrechten für den Staat ergeben, bedenkenswert und im Grundsatz nicht ohne Berechtigung.

Die den Staat somit treffende Garantie- oder Gewährleistungspflicht für die Realisierung grundrechtlicher Freiheiten kann sich nach alledem also nicht zu einem Verfassungsauftrag an den Staat verdichten, Gesetze mit ganz konkretem von den Grundrechten determiniertem Inhalt zu erlassen. Vielmehr kommt sie in einem "Tätigkeitsappell" an den Gesetzgeber zum Ausdruck, gesellschafts- bzw. wirtschaftspolitisch "irgendwas" zu tun, um - in unserem Zusammenhang - die Gefahren übermäßiger Konzentration in der Wirtschaft abzubauen. Dazu ist die Unternehmensentflechtung nur eine von vielen möglichen Maßnahmen.

Dies folgt auch schon aus der Erkenntnis, daß die Verfassung einer rechtsstaatlichen Demokratie nicht berechtigt ist, "das Ziel der staatlichen Politik bis in die letzten Fragen zu determinieren - wollte sie das tun, so wäre die Grenze zur totalitären Demokratie und zum Totalitarismus im allgemeinen weit überschritten" (1) .

Die Grundrechte sind also sehr wohl geeignet, dem Gesetzgeber zu sagen, was nicht sein darf (2), jedoch weniger dazu ausersehen, ihn positiv und konkret anzuleiten. Angesichts der Unbestimmtheit der Verfassung bleibt es weitgehendst dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen, wie er einen Verfassungsauftrag zur vollen Realisierung der Grundrechte erfüllt (3).

Für unser Problem bedeutet dies, daß den Grundrechten zwar theoretisch ohne weiteres ein Unwerturteil über eine durch übermäßige Unternehmenskonzentration deformierte Volkswirtschaft entnommen werden kann (nicht jedoch ein Verbot wirtschaftlicher Konzentration als solcher (4)), verbunden mit einem Tätigkeitsappell an den Staat, gesetzgeberische Maßnahmen zur Beseitigung oder Kontrolle der Konzentration zu ergreifen, schwerlich aber ein konkret gefaßter Entflechtungsauftrag (5).

- (1) Herzog, in: Berliner FS für Hirsch, S. 62 (71)
- (2) oder, wie Dürig formuliert (in: M/D/H/Sch Art. 20 (VIII) Rnr. 70): "Unsere Rechtsgemeinschaft hat sehr präzise gemeinsame Wertvorstellungen darüber, wie eine Rechtsordnung nicht aussehen darf."
- (3) Bleckmann, Subventionsrecht, S. 33
- (4) Vgl. Stein, Vermögenspolitik und Grundrechte, S. 71 mit Hinweis auf BVerfGE 14, 263 (280 f.)
- (5) zur Justitiabilität dieses Tätigkeitsappells s. unten unter IV. 3., S. 222 ff.

(4) Die Rolle des Sozialstaatsprinzips als
dogmatischer Katalysator der Grundrechte
im nicht-staatlichen Bereich

Die "normative Legitimation" eines so gewandelten Verständnisses von der Funktion der Grundrechte findet sich vor allem auch im Sozialstaatsprinzip (1), aus dem sich für den staatlichen Gesetzgeber die Pflicht ergibt, durch Ermöglichung realer Entfaltungsbedingungen (2) grundrechtliche Freiheiten zu sichern (3). Damit erweitert das Sozialstaatsprinzip das liberale Grundrechtsverständnis, das dem Grundgesetz ursprünglich zugrundeliegt, in Richtung auf die Funktionserweiterung der Grundrechte zu staatlichen Garantie- und Gewährleistungspflichten für die individuelle Grundrechtsausübung (4). Wieder anders sieht Grabitz (5) das grundgesetzliche Grundrechtsverständnis, der dem Grundgesetz eine demokratische Grundrechtstheorie als zugrundegelegt ansieht.

- (1) Friauf, DVBl. 1971, 674 (675); ähnlich Benda, Industrielle Herrschaft, S. 62; Häberle, VVDStRL 30, S. 43 (80 ff.)
- (2) Heftig umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob daraus positive Leistungsansprüche des Bürgers gegen den Staat auf Bereitstellung der materiellen Voraussetzungen dafür abgeleitet werden können. Vgl. dazu auch unten S. 64
- (3) Isensee, Der Staat 1978, S. 169; ähnlich: Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 162 ff.
- (4) Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1535), spricht in diesem Zusammenhang von einer sozialstaatlichen Grundrechtstheorie. In eine ähnliche Richtung geht auch der Ansatz von Scholz im Hinblick auf die Zulässigkeit von Staatstätigkeit unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung (in: Duwendag, Staatssektor, S. 113 ff.), wenn er einerseits in den Grundrechten und in dem Rechtsstaatsprinzip die Konstituierung der liberalen Verfassungskomponente (aaO. S. 120), andererseits im Sozialstaatsprinzip die weitgehende Nivellierung von funktionaler Unterschiedenheit von staatlicher und gesellschaftlicher Aktivität (ebenda) erblickt.
- (5) Freiheit und Verfassungsrecht (2. Teil), insbesondere S. 187 ff.

Danach werden Staat und Gesellschaft theoretisch nicht mehr von einander geschieden. Freiheit besteht deshalb nicht in der Gewährleistung einer staatsfreien gesellschaftlichen Sphäre, sie wird vielmehr durch den Staat, durch das Gesetz gesichert (1).

Da die grundrechtlich gewährleistete Freiheit nach dieser Theorie nicht primär eine staatsfreie oder vor-staatliche Sphäre des Individuums sicherstellen soll (2), sondern eine "Freiheit um zu" darstellt (3), ihr Bezugspunkt nicht mehr das Individuum sondern der demokratisch-politische Prozeß ist (4), kommt dem Staat hier einerseits die Möglichkeit erweiterter Grundrechtseinschränkungen, andererseits die Funktion zu, die Ausübung der Grundrechte inhaltlich zu bestimmen und in der Verfassungswirklichkeit sicherzustellen. Mit der demokratischen Grundrechtstheorie kann man daher ohne weiteres zu ganz konkreten unmittelbar verpflichtenden Gesetzgebungsaufträgen gelangen.

Bei der Bejahung eines Funktionswandels der Grundrechte muß jedoch mit Entschiedenheit der Gefahr begegnet werden, daß es "... im Ergebnis zu einer unbegrenzten Kodifizierung des gesellschaftlichen Bereiches und möglicherweise zur Planwirtschaft" kommt (5)

- (1) Vgl. die Darstellung der Gedanken von Grabitz bei Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 222 ff.
- (2) Dies gilt als Ausdruck eines a-politischen eher bourgeois Denkens (Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 313 f.),
- (3) Vgl. auch die Darstellung bei Böckenförde, NJW 1974, 1529 (1534)
- (4) nach Ridder, Meinungsfreiheit, in: Die Grundrechte II, S. 249 ff., 262 ff., wird die Freiheitsgewährleistung ein Mittel zur Ermöglichung und Sicherung dieses Prozesses.
- (5) Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 22. Vgl. auch die in eine ähnliche Richtung weisende Kritik an einem "sozialistischen Grundrechtsverständnis" von Reiner Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S. 227 ff.

und der Begriff des "freien Beliebens" des Individuums gedankenlos durch den der "sozialen Entfaltungsmöglichkeit" ausgetauscht wird mit der möglichen Folge, daß der Gesetzgeber den Freiheitsspielraum des Einzelnen immer weiter auf bestimmte "Einbahnstraßen" ausrichtet, und schließlich der Staat und nicht mehr das Individuum bestimmt, was im Interesse des Individuums liegt (1).

Einer solchen Entwicklung stehen wichtige Grundentscheidungen der Verfassung entgegen: Da die Grundrechte als subjektive Rechte des Individuums ausgestaltet sind, während das Sozialstaatsprinzip als objektive Verfassungsnorm erst der legislativen Umsetzung bedarf, folgt daraus, wenn auch nicht ein Prinzip "in dubio pro libertate" (2), so doch die von Verfassung wegen garantierte Anerkennung und Respektierung einer persönlichen und ökonomischen Sphäre individueller Lebensgestaltung in einer freiheitlichen Gesellschaft (3).

Stern (4) spricht daher von einer "Präponderanz der Freiheit", die es prinzipiell ausschließe, eine Ordnung einzuführen, in der Freiheit nichts, die Gesellschaft oder der Staat aber alles bedeutet (5). So bedeutet "auch die Sozialgebundenheit der wirtschaftlichen Rechte und Freiheiten ... nur Begrenzung und Kontrolle, nicht Instrumentalisierung derart, daß diese Rechte und Freiheiten nur nach Maßgabe ihrer sozialen Nützlichkeit als bloße Funktionen, von der Gesellschaft treuhänderisch überlassene Aufgaben, geschützt wären. Denn grundrechtliche Freiheit bedeutet, nach selbstgewählten Zielen und Maßstäben entscheiden und handeln zu dürfen." (6)

- (1) Bleckmann, aaO. S. 225 mit Vorbehalten speziell gegen Grabitz
- (2) so: Peter Schneider, In dubio pro libertate, in: FS DJT, Bd. 2, S. 263 ff.
- (3) Stern, Staatsrecht I, S. 721
- (4) ebenda
- (5) In eine ähnliche Richtung führt aber wohl die demokratiefunktionale Grundrechtstheorie. Vgl. ihre Darstellung bei Böckenförde, NJW 1974, S. 1529 (1534 f.)
- (6) Badura, JUS 1976, 205 (210)

Auch Scholz (1) kommt zu dem Ergebnis, "daß keine staatliche Aktivität die prinzipielle Distanz zwischen Staat und Gesellschaft aufheben darf. Namentlich alle grundrechtlichen Freiheiten und Autonomien der Gesellschaft müssen intakt und staatsfrei bleiben; ihre funktionelle 'Verstaatlichung' wäre nicht statthaft."

Letztlich darf also niemals die wichtigste Funktion aus dem Auge verloren werden, die den Grundrechten als Abwehrrechte gegen Akte der Staatsgewalt nach wie vor zukommt (2). Es gilt, die doppelte Funktion einer Ausgrenzung individueller Freiheitssphären aus dem staatlichen Machtbereich und gleichzeitig die Sicherung eines Bereiches, in dem der Gesetzgeber die Freiheit zu verwirklichen hat, hervorzuheben (3). Dazu sollten den jeweils in Rede stehenden Grundrechten institutionelle Garantien und objektive Rechtsprinzipien im Sinne einer Wertordnung entnommen werden, die im Einzelfall aufgrund der Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat einen - möglichst allgemein gehaltenen - Gesetzgebungsauftrag erteilen können (4).

Dieses Ergebnis mit der Konzeption einer demokratischen Grundrechtstheorie zu erreichen, würde die soeben dargestellten Gefahren heraufbeschwören und ist überdies nicht erforderlich, um das Ziel einer Effektivierung und Aktualisierung der Grundrechte im Staat und vor allem in der Gesellschaft zu gewährleisten.

- (1) in: Duwendag, Staatssektor, S. 120
- (2) Herzog, in: FS für Hirsch, S. 62 (72), unterscheidet insofern zwischen "Primäreffekt" (Grundrechte als Verbot bestimmter staatlicher Maßnahmen) und "Sekundäreffekt" der Grundrechte (indem sie den politischen Führungsorganen des Staates (u.a. dem Gesetzgeber) gewisse Ziele ihrer Politik und insbesondere ihrer Gesellschafts- und Wirtschaftspolitik nahelegen).
- (3) Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 225; mit Recht daher auch Bull, Staatsaufgaben, S. 161
- (4) so für die Frage eines Verfassungsauftrages zur Fusionskontrolle: Rupp, in: Tüchtfeldt, Soziale Marktwirtschaft, S. 95

Eine generelle Geeignetheit der Grundrechte, dem Gesetzgeber die Ausgestaltung der objektiven Ordnungen im einzelnen ihren Freiheitsverbürgungen entsprechend aufzutragen, kann also mit der um die Konsequenzen des Sozialstaatsauftrages erweiterten liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie (1) bejaht werden (2), wenngleich dies noch unten (3) anhand der einzelnen Grundrechte zu verifizieren sein wird. "Gesetzgebungsauftrag" in diesem Sinne bedeutet jedoch nicht - wie bereits oben (4) dargelegt - eine verbindliche Direktive an den Gesetzgeber gewissermaßen zum "Verfassungsvollzug", vielmehr muß der Begriff des Gesetzgebungsauftrages im Sinne eines Appells des Verfassungsgebers an den Gesetzgeber verstanden werden, für grundrechtliche Freiheitssicherung auch im Privatrechtsverkehr zu sorgen (5), womit das Privatrecht in den Dienst der Grundrechtsgewährleistungen und auch der allgemeinen Sozialstaatsaufgabe des Staates gestellt und mithin in gewisser Weise instrumentalisiert wird (6). Vor allem aber bedeutet die hier vorgenommene Modifizierung des liberalen Grundrechtsverständnisses nicht etwa gleichzeitig auch die Einräumung von subjektiven Ansprüchen des einzelnen Bürgers auf staatliche Grundrechtsaktualisierung. Diese hätte unter Zugrundelegung des Grundsatzes "ultra posse nemo obligatur" zur Folge, daß die Grundrechte zu bloßen Programmsätzen verkümmerten (7).

- (1) Wenn diese auch nicht die alleinige Grundrechtstheorie im Sinne Böckenfördes ist.
- (2) ebenso: Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 126 ff.; Scheuner, DöV 1971, 505 (506); Liesegang, S. 151 ff.
- (3) s. u. sub bb) (2), S. 73 ff.
- (4) S. 55 ff. unter (3)
- (5) Aus dieser Erkenntnis bezeichnet Tettinger, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle, S. 141, das Gesetz als Medium des Gemeinwohlauftrages zwischen Verfassung und Verwaltung.
- (6) Liesegang, S. 158
- (7) Vgl. Böckenförde NJW 1974, 1529 (1536)

Es ist also das Problem der Existenz subjektiver Rechte im Verfassungsrang auf Leistung streng zu scheiden von dem des Auftrages der Verfassung an den Staat zur Förderung der Grundrechtsinanspruchnahme ohne einen damit "komplementären" (1) Rechtsanspruch des Bürgers, wobei hier die verfassungsrechtliche Parallele zu der verwaltungsrechtlich überkommenen Unterscheidung von subjektiv öffentlichem Recht und Rechtsreflex deutlich wird (2).

(5) Art. 14 II GG als methodisch-dogmatischer
Beleg für einen Gesetzgebungsauftrag

Neben dieser Neuorientierung im Grundrechtsverständnis zur Begründung eines Verfassungsauftrages könnte auch Art. 14 II, wonach Eigentum verpflichtet (Satz 1) und sein Gebrauch zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll (Satz 2), als einzelne Verfassungsbestimmung herangezogen werden, um einen verfassungsrechtlichen Tätigkeitsappell an den Gesetzgeber methodisch-dogmatisch zu begründen. Denn diese Bestimmungen sind mehr als ein moralischer Aufruf, eben verbindlicher Verfassungsgrundsatz und Auftrag für den Gesetzgeber (3).

Art. 14 II macht es also dem Gesetzgeber zur Pflicht, dafür zu sorgen, daß das als Institut gewährleistete Privateigentum vom Eigentümer im Bewußtsein seiner verfassungsrechtlich abverlangten Verantwortung für das Gemeinwesen eingesetzt wird. Regelt der Gesetzgeber Inhalt und Schranken des Eigentums (Art. 14 I Satz 1), hat er gemäß Art. 14 II dessen soziale Bindung zu berücksichtigen (4).

(1) BVerfGE 33, 303 (330)

(2) Stern, Staatsrecht I, S. 730

(3) Badura, BayVBl 1973, 4; Dicke, in: von Münch, Art. 14, Rnr. 44 spricht bei der Sozialbindung des Eigentums von einem "Eckpfeiler der Eigentumsgesetzgebung".

(4) Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 83

Diese verleihen dem Staat mithin die Befugnis, der wirtschaftlichen Betätigung des einzelnen Unternehmers Schranken zu setzen (1).

Da es sich bei staatlichen Entflechtungseingriffen jedoch schon nicht mehr um Maßnahmen im Rahmen der Verwirklichung der Sozialbindung des Eigentums handelt, diese vielmehr Enteignungsmaßnahmen gemäß Art. 14 III darstellen, jedenfalls soweit sie entziehenden Charakter haben (2), kann Art. 14 II nicht dazu dienen, der Annahme eines aus den Grundrechten ableitbaren Gesetzgebungsauftrages ein zusätzliches Argument zu liefern. Wohl aber kann aus Art. 14 II für den einzelnen Unternehmer als Eigentümer die Verpflichtung abgeleitet werden, das Eigentum nicht zu extrem konzentrativen, die Freiheit erdrückenden Deformationen der Wirtschaft zu mißbrauchen (3). Kommt der Unternehmer dieser Verpflichtung nicht nach, hält er sich nicht mehr an Sozialbindung seines Eigentums, so daß sich von daher ein verfassungsrechtlicher Tätigkeitsappell an den Gesetzgeber ergeben könnte, den dadurch entstehenden Deformationen der Wirtschaft entgegenzutreten, nicht aber mit dem konkreten Inhalt, Entflechtungsmaßnahmen zu ergreifen. Diese sind dann jedoch nicht immer Eingriffe im Rahmen der Sozialbindung, sondern vielfach (wie unten zu zeigen sein wird) entschädigungspflichtige Enteignungen, die (auch) wegen Mißachtung des Art. 14 II durch die Unternehmen vorgenommen werden.

Auf diese Weise wird Art. 14 II zwar zu einer weiteren verfassungsrechtlichen Kollisionsnorm (4), hilft aber nicht dabei, einen methodisch-dogmatischen Ansatz für einen Gesetzgebungsauftrag zu finden (5), sondern ist den einzelnen Verfassungsbestimmungen aus dem Grundrechtskatalog zuzuordnen, die eine Beseitigung wirtschaftlicher Konzentration erforderlich machen können.

(1) aaO. S. 87

(2) s. dazu unten unter b) bb) (1) (e), S. 178 ff.

(3) Böhm, Ordo IV, S. 21 ff.

(4) dazu sogleich unter bb)

(5) unter aa)

bb) Die einzelnen Verfassungsaussagen aus dem Grundrechtskatalog und dem Sozialstaatsprinzip, die eine Beseitigung von wirtschaftlicher Konzentration erforderlich machen können (grundrechtliche Kollisionsnormen privater, wirtschaftlicher Macht)

(1) Die "Wirtschaftsverfassung" des Grundgesetzes als Auftraggeber des Gesetzgebers

Hier ist nun zunächst der Frage nachzugehen ob das Grundgesetz eine "Wirtschaftsverfassung" konstituiert, der dieses Erfordernis entnommen werden kann. Ob also mit anderen Worten bei einem ständigen Fortschreiten der Konzentration irgendwann eine Wirtschaftsordnung aufgebaut wird, die mit einer vom Grundgesetz möglicherweise verfaßten Wirtschaftsordnung nicht mehr vereinbar ist (1).

Die hier den Gegenstand der Untersuchung bildende Wirtschaftsverfassung ist die Wirtschaftsverfassung im engeren Sinne, nämlich die der Ordnung des Wirtschaftslebens gewidmeten Normen des Verfassungsrechts (2).

Demgegenüber beinhaltet der Begriff der Wirtschaftsverfassung im weiteren Sinne die Grundordnung der durch Teilhabe an der vergesellschafteten Bedarfsvorsorge begründeten Gemeinschaft (3). Der so verstandene Begriff der Wirtschaftsverfassung umfaßt auch die durch einfache Gesetze (ohne Verfassungsrang) geschaffene Wirtschaftsordnung.

(1) Thiele (JR 1977, 144 (146)) spricht von einer Zentralverwaltungswirtschaft mit gleichsam umgekehrten, d.h. privaten Vorzeichen.

(2) Vgl. die Klärung der unterschiedlichen Inhalte des Begriffs "Wirtschaftsverfassung" bei Ballerstedt, in: Die Grundrechte III/1, S. 3 ff. (4) Fn. 6

(3) Ballerstedt, aaO. S. 11

An dieser Stelle ist jedoch nur der Frage nachzugehen, welche Gestalt die Wirtschaftsverfassung im engeren Sinne durch das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland empfängt.

Dabei ist Ausgangspunkt die schlagwortartige These des Bundesverfassungsgerichts von der "wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes", die zuerst im Investitionshilfe-Urteil (1) aufgestellt wurde und danach vielfach Bestätigung erfuhr (2). Diese These besagt, daß das Grundgesetz dem Gesetzgeber die sachgerechte Ordnung, Gestaltung und Lenkung der wirtschaftlichen Zustände und Vorgänge überlassen hat, ohne sein politisches "Ermessen" dabei auf eine inhaltlich bestimmte Wirtschaftsverfassung zu verpflichten (3). Das Grundgesetz steht dem Gesetzgeber also zu, jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu betreiben, ohne einer volkswirtschaftlichen oder ideologischen "Modell" und "Systemgerechtigkeit" verpflichtet zu sein. Sie betont jedoch gleichzeitig die Bindung des Gesetzgebers an die allgemeinen Verfassungsprinzipien der Grundrechte und des sozialen Rechtsstaates (4).

- (1) BVerfGE 4, 7 ff.
- (2) BVerfGE 7, 377 (Apotheken-Urteil); 8, 71 (Anbauregelung für Weinreben); 8, 274 (PreisG); 10, 89 (Erftverband); 11, 168 (PBefG); 12, 354 (VW-Privatisierung); 13, 97 (HandwO); 13, 331 (GewStG); 14, 263 (Feldmühle); 15, 235 (IHK-Gesetz); 16, 147 (Werkfernverkehr); 17, 210 (Wohnungsbau-Prämien-Gesetz); 18, 315 (Milchmarkordnung); 19, 119 (KuponStG); 19, 330 (EHG); 19, 101 (Zweigstellensteuer); 30, 292 (315) (Bevorratungspflicht für Mineralölprodukte); 37, 1 (20) (Weinwirtschaftsgesetz); BVerfG NJW 1967, 147 (UStG) und JZ 1967, 251 (GrundstücksVG); BVerfGE 50, 290 ff. (336 f.) (MitbestimmungsG)
- (3) Badura, AöR 92, 382
- (4) Die so verstandene These von der "wirtschaftspolitischen Neutralität" des Grundgesetzes hat allgemein Anerkennung gefunden: Rupp, Wirtschaftsverfassung und Grundgesetz, S. 14; Badura, aaO. S. 393; Rinck, Wirtschaftsrecht, S. 58; Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 8 u. 25 f.; Tettinger, BB 1977, 1617; Hablitzel, BayVBl. 1981, 65 u. 100; Schmidt-Preuß, S. 81 ff.; MK, HauptGA III, Tz. 776; Vgl. auch die Nachweise bei Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, in Fn. 16 S. 7 sowie Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 34 ff. (35)

So verhindert allein die Existenz der Freiheitsgarantien in Art. 2 I (sowie in den Art. 9, 11, 12, 14) wirtschaftspolitische Extreme wie Staatssozialismus, Dirigismus oder Kommandowirtschaft (1), wie andererseits auch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I, 28 I) i.V.m. den Art. 2 I 2. Halbsatz und 14 II, III eine autonome Verkehrswirtschaft vor dem Grundgesetz unzulässig macht (2). Die These von der "wirtschaftspolitischen Neutralität" darf also nicht überstrapaziert werden, um aus ihr gewissermaßen eine "Passepartout-Theorie" zu destillieren, die jedes Wirtschaftsmodell für grundgesetzgemäß erklären muß (3). Somit kann festgestellt werden, daß ein "institutioneller Zusammenhang der Wirtschaftsverfassung" und ein "Schutz- und Ordnungszusammenhang der Grundrechte" keine selbständigen Prüfungskriterien für wirtschaftsordnende Gesetze bilden (4) und umgekehrt natürlich auch nicht Auftraggeber des Gesetzgebers sein können. Es gibt eben keine, den Grundrechten entsprechende modellhafte Markt- und Wettbewerbsordnung, die den Gesetzgeber bindet. Fraglich bleibt jedoch, ob eine unmittelbare Garantie etwa der Wettbewerbsfreiheit als selbständige Ordnungsentscheidung und institutionelle Garantie des Grundgesetzes (etwa aus Art. 2 I oder Art. 12 I i.V.m. 14 I) angenommen werden kann (5), oder, ob diese vielmehr lediglich als ein Element individueller Grundrechtsausübung geschützt ist (6).

- (1) Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 2 I, Rnr. 44; Thiele, JR 1977, 144 (145); über die Kollision einer Planwirtschaft i.S.e. Zentralverwaltungswirtschaft mit grundrechtlich geschützten Freiheiten: Kriele, ZRP 1974, 105 (108)
- (2) Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, S. 8 m.w.N. in Fn. 72
- (3) Isensee, Der Staat 1978, S. 161 (165); So lehnt denn auch das BVerfG eine beliebige Gestaltbarkeit der Wirtschaftsordnung ab und spricht von "relativer Offenheit" des Grundgesetzes (E 50, 338).
- (4) BVerfGE 50, 290 (336); zustimmend: Möschel, Entflechtungen, S. 134
- (5) so BVerfGE 30, 191 (198); BGHZ 23, 365 (371); Nipperdey, in: Grundrechte IV/2, S. 783, 869, 881 ff., 903 ff.; ders., Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 62; Rupp, Verfassungsrecht und Kartelle, S. 203; Dürig, in M/D/H/Sch, Art. 2 I Rnrn. 48, 52
- (6) Lerche, Verfassungsfragen, S. 14; Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 44 u. Fn. 41, 43; wohl auch: Badura/Rittner/Rüthers, S. 233; MK, HauptGA III, Tz. 778

Jedenfalls kann an dieser Stelle festgestellt werden, daß es keine selbständige Prüfungskategorie "Wirtschaftsverfassung" gibt; Maßstab für die verfassungsmäßige Überprüfung bilden die konkreten Grundrechte - wenn auch in ihrer Sinnbezogenheit zueinander - (1) sowie die Grundentscheidungen für den sozialen Rechtsstaat (Art. 20 und 28) (2). (Daher ist auch aus entgegengesetzter Sichtweise (3) der Einwand, daß der Gesetzgeber allzu dirigistisch in das Wirtschaftsleben eingreife, nicht vor dem Hintergrund einer möglichen Verletzung eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ordnungszusammenhanges beachtlich, sondern allenfalls als Rüge von Verletzungen konkreter Grundrechte oder den Verfassungsprinzipien, an die der Gesetzgeber durch Art. 20 und 28 gebunden ist.)

Es ist bei der Ausgangsfrage, ob das Grundgesetz (durch die Grundrechte und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates) bestimmte wirtschaftspolitische Prinzipien für den Gesetzgeber zwingend festlegt, stets zu beachten, daß eine Wirtschaftsverfassung im engeren Sinne sich nicht im Wege "gedanklicher Versenkung" in die allgemeinen Verfassungsprinzipien gewinnen läßt, sondern von den Vorgegebenheiten der (wirtschaftlichen) Wirklichkeit abhängt (4). So ist auch der wirtschaftliche Wettbewerb nicht Selbstzweck (vom Grundgesetz etwa ein für allemal festgelegter Grundwert), sondern kann nur deshalb grundrechtlich geschützt sein,

- (1) Möschel aaO. S. 135; Scholz aaO. S. 44; ebenso für die verfassungsrechtliche Überprüfung des MitbG: Kübler/Schmidt/Simitis, S. 29
- (2) so auch Demmer, S. 86 ff. (88 unten); wobei das Rechtsstaatsprinzip mit seinen Einzelausprägungen (Bestimmtheit, Rationalität, Verhältnismäßigkeitsprinzip) eher der Kritik, das Sozialstaatsprinzip (s. dazu auch unten S.114 ff.) eher der Verteidigung von erweiterten konzentrationskontrollpolitischen Maßnahmen dient.
- (3) s. u. sub. IV. 2., S. 149 ff.
- (4) Rupp, Grundgesetz und "Wirtschaftsverfassung", S. 17

weil er hic et nunc und nach aller Erfahrung zwar nicht ein von Fehlern freies, aber das die verschiedenen grundrechtlichen Freiheiten und Entfaltungschancen vom Produzenten bis zum Verbraucher optimierendes Wirtschaftsprinzip ist (1). Gerade bei der Frage nach einem Recht der Wirtschaftsverfassung ist also der Einfluß der Wirklichkeit auf die Rechtsnorm (2) entscheidend. Dabei muß jedoch einer juristisch verstandenen Wirtschaftsverfassung stets eine sittliche Ordnungsidee zugrundeliegen. Sie hat sich auszurichten an Rechts-, nicht an bloßen Nützlichkeitswerten (3). Zumal solche Nützlichkeitswerte (z.B. hohe Leistungsfähigkeit) gerade für eine Wettbewerbswirtschaft als reale Größe nicht erreichbar, eben keine planmäßig - erzielten, sondern freiheitliche - zufällige Ordnungsergebnisse sind (4).

Jedoch ist die These Nipperdeys, das Grundgesetz lege den Gesetzgeber quasi ein für allemal auf die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsmodell und normative Ordnungsidee fest, in der allein die im Grundgesetz verankerten zehn Sozialprinzipien (Entfaltungsfreiheit, Wettbewerbsfreiheit, Gewerbe-freiheit, Konsumfreiheit, Vertragsfreiheit, Vereinigungsfreiheit, Eigentumsgarantie, Arbeitsfreiheit, dazu als allgemeine Grundsätze: die freiheitlich demokratische Grundordnung und die soziale Marktwirtschaft) aufgehen könnten (5), u.a. auch deshalb fragwürdig,

- (1) Ballerstedt aaO. passim (etwa S. 2, 19, 24 und Fn. 52); Rupp aaO. S. 21 ff.; in diesem Sinne auch: Kantzenbach, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 1, S. 159 (163, Fn. 10)
- (2) zu diesem Phänomen: BVerfGE 8, 51 (Parteienfinanzierung)
- (3) Ballerstedt aaO. S. 14; Zacher, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: FS für Böhm (1965) S. 77 f.
- (4) Scholz aaO. S. 12 f.; Hoppmann, Jahrbücher für National-ökonomie und Statistik, Bd. 184, S. 404 ff. und 408 ff.
- (5) Soziale Marktwirtschaft, S. 64 f.; Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 223 ff.; WuW 1954, 211 ff.; Wirtschaftsverfassung und BVerfG, S. 25 f.; Grundrechte und Privatrecht, in: FS für Molitor, S. 17 ff.

weil sie eben jenen entscheidenden Einfluß der Wirklichkeit auf die Wirtschaftsverfassung, wie sie vom Grundgesetz in einer jeweils anderen Wirklichkeit jeweils anders gefordert wird, nicht ausreichend berücksichtigt (1). Gleichwohl wird die soziale Marktwirtschaft als wirtschaftspolitische Konzeption heute in der Bundesrepublik vom staatstragenden Konsens mit umschlossen (2), eben weil sie in der gegebenen Situation am ehesten geeignet erscheint, die Grundrechtsverwirklichung zu fördern. So sieht Raiser (3) das System der arbeitsteiligen freien Verkehrswirtschaft mit privater Verfügungsmacht über die Produktionsmittel und privatem Gewinnstreben, mit Wettbewerb und Marktpreismechanismus zwar nicht als vom Grundgesetz ausdrücklich sanktioniert an, aber doch insofern begünstigt, als die starke Betonung der Grund- und Freiheitsrechte im Grundgesetz seinem Geist entspricht, während sie planwirtschaftliche Maßnahmen erschwert.

Dies ändert jedoch nichts an der Schlußfolgerung, die sich aus alledem ergibt: Das Grundgesetz gibt dem Gesetzgeber kein Wettbewerbsmodell und keine Ordnung der Wirtschaft als Bestandteil einer in sich geschlossenen, modellhaften Wirtschaftsverfassung vor (4), welches ihm den Auftrag zur Verhinderung bzw. Beseitigung wirtschaftlicher Konzentration erteilen würde (5).

- (1) ablehnend gegenüber Nipperdey (statt nahezu aller): Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 2 I Rnr. 44; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rnr. 183
- (2) Isensee, Der Staat 1978, S. 161; Müller-Volbehr, JZ 1982, 133
- (3) Verhandlungen des 39. DJT, B 57 (58)
- (4) Lerche, Verfassungsfragen, S. 15 und Fn. 54
- (5) so auch Biedenkopf (BB 1956, 473) für die Frage, ob ein Kartellverbot zur Wahrung der freien Wettbewerbswirtschaft vom Grundgesetz gefordert wird.

- (2) Durch Unternehmenskonzentration im einzelnen betroffene Grundrechte von Lieferanten, Konsumenten, Wettbewerbern und Arbeitnehmern (konkret-wirtschaftsordnende Entscheidungen im Grundrechtskatalog)

Ein solcher Auftrag könnte aber in einzelnen Grundrechten enthalten sein, die sich - wie gezeigt - prinzipiell eignen, den Gesetzgeber zur Initiative zu verpflichten (1). An dieser Stelle ist nun konkret zu prüfen, welche und wessen Grundrechte durch den (deformierten) Zustand des Marktes in einer von einer weit vorangeschrittenen Unternehmenskonzentration geprägten Wirtschaft beeinträchtigt werden (können).

Auch wenn es somit letztlich um die Frage von Grundrechtsbeeinträchtigungen zwischen Privatrechtssubjekten geht, so ist sie gleichwohl sorgfältig von derjenigen nach der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zu unterscheiden. Hier geht es darum, Freiheitspressionen im wirtschaftlich-gesellschaftlichen Bereich, die thematisch in Grundrechtsverbürgungen eingreifen, durch gesetzgeberische Maßnahmen, deren Zielrichtung die Grundrechte vorgeben, zu unterbinden, nicht etwa - viel weitergehend-darum, diesen Freiheitspressionen allein mit Hilfe der Grundrechte ohne deren Transformation durch Zivilgesetze zu begegnen.

Im Gegensatz zur Drittwirkungslehre sollen keine Rechtsfolgen unmittelbar aus den Grundrechten abgeleitet werden, vielmehr ist Ziel der Untersuchung, festzustellen, ob dem Grundrechtskatalog ein Unwerturteil über extreme Formen wirtschaftlicher Konzentration zu entnehmen ist.

(1) s. o. S.

Wenn nun auf einem durch Konzentration geprägten Markt, der von einem oder wenigen Unternehmen beherrscht wird, Grundrechte der übrigen Beteiligten am Wirtschaftsleben, also der Mitbewerber und Marktgegner (Kunden, Lieferanten) beeinträchtigt würden, ließe sich ein solches "Unwerturteil über die Marktbeherrschung" (1) mit einem möglicherweise gleichzeitig (angesichts einer bestimmten Verfassungswirklichkeit) ergehenden Gesetzgebungsauftrag zur Entflechtung schlußfolgern.

Dabei kann es zu Grundrechtsbeeinträchtigungen zum einen durch Konzentrationstatbestände kommen, also beeinflußt durch den Zustand der Volkswirtschaft und die Möglichkeiten zum Machtmißbrauch, die er den großen Unternehmen und Monopolisten bietet; zum anderen können auch bereits die Konzentrationsvorgänge als solche, vor allem diejenigen, deren Ursachen externes Unternehmenswachstum ist, Grundrechte der am Wirtschaftsleben teilnehmenden Individuen beeinträchtigen. Zweckmäßigerweise ist bereits eingangs zwischen den verschiedenen Formen wirtschaftlicher Konzentration durch Unternehmenszusammenschlüsse zu differenzieren. Je nachdem, ob es sich um horizontale, vertikale oder konglomerate Verbindungen handelt, können sich im einzelnen ganz unterschiedliche Effekte für die Freiheitsspielräume und Gleichheitsansprüche der übrigen Teilhaber der Wirtschaftsgemeinschaft ergeben (2). Genaue Urteile über die Wirkungen von externem und internem Unternehmenswachstum auf die Wettbewerbsfunktionen, mithin auch auf Freiheitsausübung und Realisierung von Gleichheitsansprüchen im Wirtschaftsleben zu fällen, macht sorgfältige empirische Untersuchungen erforderlich und ist daher insbesondere volkswirtschaftlichen Studien vorbehalten.

- (1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 76
- (2) Vgl. Ingo Schmidt, S. 82 ff.; Kantzenbach, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft (1. Band), S. 159 (172 f.); Arndt, in: Großser, Konzentration ohne Kontrolle, S. 23 (32 ff.)

An dieser Stelle sollen lediglich schlagwortartig die unterschiedlichen Wirkungs- und Handlungsweisen dargestellt werden, die mit wirtschaftlicher Konzentration erfahrungsgemäß und typischerweise einhergehen.

Horizontale Unternehmenszusammenschlüsse als Zusammenfassung mehrerer Konkurrenten auf einem Markt durch Fusion oder Konzernierung (teilweise wird auch die Kartellbildung der horizontalen Unternehmenskonzentration zugerechnet (1)) verringern schon definitionsgemäß die Zahl selbständiger Wettbewerber auf einem Markt (2). Damit entfalten sich hier insbesondere die Gefährdungen, die sogleich (3) unter dem Schlagwort "Verdrängungseffekt" auf ihre grundrechtliche Erheblichkeit untersucht werden.

Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen (vertikale Konzentration) führen in der Regel über die schon bestehende marktbeherrschende Position zu Marktbeherrschungen auf den vor- oder nachgeordneten Märkten. Die Angliederung von Lieferanten und Abnehmern kann so insbesondere zur Folge haben, daß für Konkurrenten die Versorgungsquellen und Absatzwege verstopft werden (4). Es kommt zu einer Monopolisierung wichtiger Bezugsquellen und Absatzmöglichkeiten (5). Dies wiederum kann Anpassungszwänge verstärken (6) oder äußerstenfalls die unter dem Schlagwort "Verdrängungseffekt" zusammenzufassenden Folgen (7) haben, insbesondere aber auch die Marktzutrittsschranken so erhöhen (8), daß eine Wettbewerbsfreiheit (9) nicht mehr besteht.

(1) so etwa Arndt aaO.

(2) Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 10

(3) unter (a), S. 81 ff.

(4) aaO. S. 11

(5) Kantzenbach aaO. S. 178

(6) s. u. S. 94 ff. unter (b)

(7) s. u. S. 81 ff. unter (a)

(8) Emmerich-Sonnenschein aaO. S. 11

(9) zur Definition s. u. S. 99

Darüber hinaus ist es oft der Sinn vertikaler Unternehmenszusammenschlüsse, die angegliederten Lieferanten oder Abnehmer zwecks eigener Kostensenkung auszubeuten (1).

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Beurteilung der Wirkungen von diagonalen (konglomeraten) Zusammenschlüssen, also Zusammenfassungen von Unternehmen, deren Produkte sowohl produktions- wie absatzmäßig nichts oder fast nichts miteinander zu tun haben (2). Besonders deutlich wird hier die Art der Freiheitsbeeinträchtigung bei den sogenannten Marktverketzungszusammenschlüssen. Dabei gliedert sich das Unternehmen nicht seinen Lieferanten oder Abnehmern an, sondern überspringt gewissermaßen eine Marktstufe und strebt etwa Verflechtungen an mit dem Lieferanten des Lieferanten oder dem Abnehmer des Abnehmers. Dies versetzt es in die Lage, die Geschäftspartner auf den untermittelbar vor- und nachgeordneten Stufen in die Zange zu nehmen und von ihnen besonders günstige Bedingungen, namentlich Ausschließlichkeitsbindungen zu erzwingen (3). Die grundrechtliche Erheblichkeit dieser Strategie findet sich somit in erster Linie bei den in Zusammenhang mit dem Anpassungszwang (4) dargestellten Freiheitsbeeinträchtigungen wieder. Aber auch hier kann schließlich die Verdrängung von anderen Teilnehmern am Wirtschaftsleben, seien es Mitbewerber, vor allem jedoch Lieferanten oder abnehmende Unternehmen (5) Folge der Marktverketzungszusammenschlüsse sein.

(1) Arndt aaO. (Fn. 2 S. 74) S. 32

(2) Vgl. etwa Fischer, Konglomerate Konzentration und wettbewerbsrechtliches Marktmachtkonzept, WuW 1972, 567 ff.; Arndt aaO. S. 35

(3) Emmerich-Sonnenschein aaO. S. 11

(4) s. u. S. 94 ff. unter (b)

(5) s. sogleich S. 81 ff. unter (a)

Bei den reinen conglomerates (den sogenannten Mischkonzernen) sind die drohenden Gefahren die typischen aller Größt- und Großunternehmen: Ihre zahlreichen Vorteile, insbesondere bei der Finanzierung (1) und bei der Werbung ermöglichen es ihnen, auf einzelnen Märkten auch langfristig eine Kampfstrategie zur Verdrängung ihrer Konkurrenten durchzuhalten (2). Von der Grundrechtsthematik her gesehen findet die Beeinträchtigung statt, indem die Marktzutrittsschranken sich für newcomer ganz einfach dadurch erhöhen, daß infolge der Größe des Mischkonzerns und der Gefahr von Reaktionen auf ihren Märkten newcomer abgeschreckt werden (3). Darüber hinaus begegnen die diversifizierten Großunternehmen auf den zahlreichen Märkten, auf denen sie gleichzeitig tätig sind, immer wieder denselben anderen Großunternehmen in verschiedenen Rollen, so daß es schließlich zu undurchschaubaren wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen den Unternehmen kommt (4).

Aber nicht nur externes, sondern auch internes Unternehmenswachstum kann durchaus zu Behinderungspraktiken führen und daher in unserem Zusammenhang nicht erst nach abgeschlossenem Konzentrationsvorgang als Monopol oder monopolartiger Tatbestand Bedeutung erlangen, sondern bereits durch den internen Wachstumsprozeß als solchen, etwa wenn er sich durch gezielte Sperrinvestitionen vollzieht, um Marktzutritte unmöglich zu machen (5).

- (1) Insoweit besteht die Gefahr, daß sich der durch diagonale Konzentration strukturierte Konzern aufgrund überlegener Finanzkraft auch gegenüber dem im volkswirtschaftlichen Sinne Leistungsstärkeren durchsetzt. Vgl. Arndt aaO. S. 35
- (2) Emmerich-Sonnenschein aaO. S. 12; Kantzenbach aaO. S. 173; Arndt, aaO., spricht in diesem Zusammenhang von ruinöser Konkurrenz.
- (3) Emmerich-Sonnenschein aaO.
- (4) ebenda
- (5) Möschel, Entflechtungen, S. 57

Die Erkenntnis, daß durch die drei verschiedenen Zusammenschlußarten ganz unterschiedliche Grundrechtsbeeinträchtigungen entstehen können, findet in nicht mehr rein individualistischer Sicht ihre Entsprechung darin, daß sich die wettbewerbspolitischen Gefahren, die im einzelnen von Unternehmenszusammenschlüssen drohen, sich am besten in der Unterscheidung zwischen den drei Zusammenschlußarten darstellen lassen (1). Hierbei gibt es zwischen den wettbewerbspolitischen Gefahren und den Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Unternehmenskonzentration eine Überschneidung dergestalt, daß die durch Konzentration beeinträchtigten Funktionen der das Prinzip Wettbewerb verwirklichenden Konkurrenzwirtschaft u.a. in der Gewähr von Entfaltungsmöglichkeiten individueller Freiheit, der Verteilung des Einkommens nach der Marktleistung und der Ausrichtung der Produktionsstruktur und Verteilung der Produkte nach der effektiven Nachfrage bestehen (2). Diese drei Wettbewerbsfunktionen werden ergänzt durch drei weitere, nämlich die Lenkung des Faktoreinsatzes nach der Produktivität, die Förderung der Anpassungsflexibilität der Wirtschaft und die Förderung des technisch-organisatorischen Fortschritts (3), welche jedoch für das Problem von Grundrechtsbeeinträchtigungen kaum Aussagekraft besitzen.

Aussagekraft für unsere Frage besitzen jedoch die in volkswirtschaftlicher (4) und juristischer (5) Literatur vielfach unter dem Stichwort "wirtschaftliche Macht" angestellten Untersuchungen. So liegt der übergeordnete Zweck des GWB in der Eindämmung und Kontrolle wirtschaftlicher Macht (6).

- (1) Emmerich-Sonnenschein aaO. S. 10 ff.; diesen Ansatz wählt auch Arndt aaO. S. 23 ff.
- (2) Kantzenbach aaO. S. 172; Vgl. auch die Skizzierung der Funktion des Wettbewerbs bei Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, S. 21 bis 23
- (3) Kantzenbach aaO.
- (4) Vgl. etwa Arndt, Markt und Macht
- (5) Vgl. etwa Böhm, Demokratische und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, S. 1 ff.; ders., Macht und Recht; Bartling, Wirtschaftliche Macht unter wettbewerbspolitischem Aspekt (Vgl. hier insbesondere S. 28 ff. (36)).
- (6) Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 58

Mit Max Weber (1) beinhaltet der Begriff der Macht "jede Chance innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht." Der topoi "wirtschaftliche Macht" als Phänomen in mehr objektiver Betrachtung spielt in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip eine Rolle (2). Im hiesigen Zusammenhang soll dieses Phänomen aber zunächst aus der subjektiven Sicht der am wirtschaftlichen Wettbewerbsprozeß in irgendeiner Weise Beteiligten unter verfassungsrechtlichen (insbesondere grundrechtlichen) Fragestellungen analysiert, wirtschaftliche Macht in Gegnerschaft zu individueller Freiheit betrachtet werden (3). Den Zusammenhang zwischen wirtschaftlich-sozialer Macht und (grundrechtlich geschützter) Freiheit verdeutlicht Giersch (4) durch die Unterscheidung zwischen formaler Handlungs- und materieller Entschließungsfreiheit: Formale Freiheit ist "identisch ... mit der Gleichheit vor dem Gesetz und dem Schutz vor staatlicher Willkür", während materiale Freiheit das Vermögen ist, "im Rahmen der formalen Freiheit und der durch Sitte gezogenen Grenzen selbstgesteckte Ziele zu verwirklichen. Wir können für unsere Zwecke alternativ auch den Begriff der ökonomischen Macht verwenden. Der Ohnmächtige ist unfrei trotz aller formalen Freiheiten, die ihm gegeben sein mögen, nur wer Macht hat, kann die Chance nutzen, die die formale Freiheit gewährt." Formale Freiheit bezeichnet also das Dürfen, während materiale Freiheit i.S.d. Könnens auszudeuten ist.

Zunächst sind demnach jeweils die tatsächlichen Auswirkungen (5), die fortschreitende Konzentrationsprozesse sowohl durch den durch sie herbeigeführten Zustand der Volkswirtschaft und die Gefahren des Mißbrauches von Marktmacht, als auch durch den Konzentrationsvorgang als solchen für die Teilnehmer am Wirtschaftsleben haben, festzustellen, um dann ihren grundrechtlichen Prüfungsmaßstab zu bestimmen.

(1) Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Halbbd., S. 38

(2) s. dazu unten S. 118

(3) vgl. auch Kantzenbach aaO. S. 173

(4) Allgemeine Wirtschaftspolitik, S. 73 f.

(5) s. dazu Jüttner-Kramny, Die Supermächtigen, WuW 1972, S. 553 ff.; Lenel, Kartelle, Monopole, Konzentration und freie Unternehmer, in: Die Aussprache 1962, S. 1 ff.

Dabei beeinträchtigt die durch die Konzentrationstatbestände geschaffene Realität der Wirtschaft die formale Entschließungsfreiheit, während das Verhalten, das zur Konzentration führt, und das mißbräuchliche durch die Konzentration ermöglichte Verhalten mächtiger Unternehmen die materiale Handlungsfreiheit beeinträchtigt (1).

Die Problematik, hier jeweils den richtigen grundrechtlichen Prüfungsmaßstab zu finden, wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, daß mit Art. 9 I, 12 I, 14 I zwar auch spezielle Freiheitsgrundrechte einschlägig sind, auf der anderen Seite jedoch vor allem das allgemeine, unbenannte Freiheitsrecht des Art. 2 I als wirtschaftsverfassungsrechtliches General-Grundrecht umfassenden Charakters (2) herangezogen wird, um von der Thematik her teils sehr unterschiedliche, teils kaum unterscheidbare Freiheitsgarantien im wirtschaftlichen Bereich durch das Grundgesetz abzusichern. Das hat zu einem begrifflichen Durcheinander geführt, in dem in unterschiedlichen, sich überschneidenden und identischen Zusammenhängen Begriffe wie Wettbewerbsfreiheit, Unternehmensfreiheit, Wirtschaftsfreiheit, wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit, Produktionsfreiheit, Konsumfreiheit, Gewerbefreiheit (im engeren wie auch im weiteren Sinne (3)), freie Wirtschaftsbetätigung, unternehmerische Marktfreiheit, schließlich Vertragsfreiheit und Privatautonomie verwendet werden. Fraglich ist hier insbesondere, ob diese Freiheiten noch durch eine weite Auslegung der Art. 12 I, 14 I von diesen speziellen Freiheitsgarantien erfaßt werden, oder, ob die Spezialfreiheitsrechte thematisch versagen und die soeben benannten Bereiche wirtschaftlicher Entfaltungsfreiheit zu den sogenannten unbenannten Freiheiten (Innominatrechten) aus Art. 2 I gehören (4).

(1) Vgl. Ingo Schmidt, S. 32

(2) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 66; Huber, DöV 1956, 135; in ähnlicher Weise spricht Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 1066, von Art. 2 I als (neben Art. 12 und 14) dem "Herzstück der freiheitlichen Wirtschaftsordnungskonzeption des Grundgesetzes".

(3) Vgl. diese Differenzierung bei Nipperdey aaO. S. 32 f.

(4) s. dazu Scholz, AöR 100, 80 (127 ff.)

Zu beachten ist bei der Prüfung von grundrechtlicher Erheblichkeit wirtschaftlicher Konzentration, ob der Verzicht auf Unternehmensfunktionen freiwillig erfolgt oder ob Zwänge ausgeübt werden. Nur in letzterem Falle können die Grundrechte ins Spiel gebracht werden, denn einen Zwang zur Freiheit, zur Grundrechtsausübung gibt es nicht und es wäre widersinnig, ihn zu fordern (1).

(a) Verdrängung kleiner und mittlerer Unternehmen vom Markt

Der Effekt für kleine und mittlere Wettbewerbsunternehmen des großen Monopols oder Oligopols, durch Anschluß an den mächtigen Konkurrenten oder Unternehmensaufgabe aus dem Markt auszuscheiden, wurde bereits oben im Rahmen der Untersuchung zu Art. 9 III Satz 2 (2) angesprochen. Diese tatsächliche Folge wirtschaftlicher Konzentration, die man als Verdrängungseffekt bezeichnen könnte, berührt Freiheitssphären, als deren grundrechtliche Absicherungen die Art. 2 I, 9 I, 12 I, 14 I (3 I) in Betracht kommen. Und sicherlich steht auch fest, "daß die Schwelle, die die Trennungslinie zwischen Verfassungskonformität und Verfassungswidrigkeit darstellt, überschritten (ist) wenn z.B. in einer bestimmten Branche das größte Unternehmen alle mittleren und kleineren Unternehmen zur Fusion bringt." (3)

Zu untersuchen ist nunmehr, welche Verfassungsbestimmungen, insbesondere welche Grundrechte diese Trennungslinie markieren.

(1) Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 2 I Rnr. 49 m.w.N. in Fn. 1

(2) s. oben S. 32 ff.

(3) Thiele JR 1977, 144 (146)

- (aa) Beeinträchtigung der Wirtschafts- und Unternehmensfreiheit, insbesondere in Gestalt der Wettbewerbsfreiheit als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) oder der Gewerbefreiheit i.e.S., geschützt durch die speziellen Freiheitsgewährleistungen der Art. 12 I, 14 I GG

Wird der Garantiegehalt des Art. 2 I im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung des Unternehmers bestimmt, so ist von "Wirtschaftsfreiheit" oder "Unternehmensfreiheit" (oder auch "Wettbewerbsfreiheit") (1) die Rede. Damit soll deutlich gemacht werden, daß das Recht zur freien Persönlichkeitsentfaltung auch im Wirtschaftsleben Geltung beansprucht (2).

Daß Art. 2 I nicht nur der ideell-charakterlichen Entfaltung der menschlichen Person gilt (sog. Persönlichkeitskerntheorie), sondern die allgemeine Handlungsfreiheit einschließlich der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung garantiert, ist heute allgemeine Meinung (3). Die unternehmerische Freiheit setzt sich aus verschiedenen Teilaspekten zusammen (4), die jeweils in einer oder mancherlei der vielfältigen Auswirkungen wirtschaftlicher Konzentration betroffen sein können.

Der soeben (5) beschriebene "Verdrängungseffekt", der einen bestimmten, vermachteten Markt für neue Wettbewerber unzugänglich, eine erreichte Marktposition für alte Wettbewerber nicht mehr aufrechterhaltbar macht, scheint indessen weniger Art. 2 I als verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab zu finden,

(1) Huber, DöV 1956, 135

(2) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 78

(3) Vgl. bereits Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 28 und Fn. 31, 31a, 31b; Huber, DöV 1956, S. 135; Reißmüller, Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, S. 81 (m.w.N. in Fn.4)

(4) Lerche, Verfassungsfragen, S. 13

(5) unter (a), S. 81

als vielmehr in den Schutzbereich der speziellen Grundrechte der Berufsfreiheit bzw. Gewerbefreiheit i.e.S. (1) aus Art. 12 I und der Eigentumsgarantie aus Art. 14 I einzugreifen (2). Dies ergibt sich jedoch nicht aus einem Vergleich der jeweiligen Schutzbereiche, als vielmehr aus einem allgemeinen Grundsatz der Grundrechtsdogmatik. Die besonderen Freiheitsrechte stellen rechtstechnisch Spezialregelungen gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit dar (3), so daß Art. 2 I lediglich subsidiär als Auffangnorm für alle nicht einzelgrundrechtlich geschützten Betätigungen in Betracht kommt (4). Die Freiheit, als Unternehmer am Wettbewerb teilzunehmen, könnte damit ein Element der Freiheit zur Berufswahl bzw. -ausübung und des durch Art. 14 I gewährleisteten Eigentums sein (5).

- (1) Zu dieser Terminologie vgl. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 33
- (2) Mestmäcker (in: FS für Böhm (1975), S. 414) spricht in diesem Zusammenhang von einem Eingriff in die Gewerbefreiheit. Nach der von Nipperdey (Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 32 f.) vorgenommenen Differenzierung zwischen einer Gewerbefreiheit im weiteren und im engeren Sinn, handelt es sich in diesem Zusammenhang um die Gewerbefreiheit i.e.S., nämlich um die Freiheit der Berufs- (Gewerbe-) wahl, so daß hier Art. 12 als lex spec. dem Art. 2 vorrangig ist (Nipperdey aaO., S. 33).
- (3) Bachof, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 167 m.w.N. in Fn. 45
- (4) aaO. m.w.N. in Fn. 46; Es ist dies das Verhältnis des lex specialis zum lex generalis, Nipperdey, in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte IV/2, S. 761; speziell zu diesem Grundsatz für den Schutz der Unternehmensfreiheit: Badura, in von Münch/Badura, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 273
- (5) Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 44; ähnlich: Möschel, S. 143; anders aber die wohl (noch) hM: Huber, DöV 1956, 135 (136); Nipperdey, Wirtschaftsverfassung und BVerfG, S. 12; BVerfGE 4, 7 (15 f.); 10, 89 (99)

Vom Sachverhalt her ist die Freiheit des Individuums in Gefahr, als Unternehmer auf einem bestimmten Markt gewerbliche Leistungen anbieten und dabei im Kampf um die Erwerbschancen bestehen zu können. Damit geht es um die Freiheit des Staatsbürgers zum wirtschaftlichen Handeln im Rahmen der Wettbewerbsordnung, thematisch also um die wirtschaftliche Entfaltung als eine Freiheit positiver Art (1), mithin also um den Schutzbereich des Art. 2 I. Nach dem grundrechtsdogmatischen Grundsatz des Vorrangs spezieller Freiheitsverbürgungen ist jedoch - vorrangig - zu prüfen, ob der in Rede stehende Lebenssachverhalt thematisch von einem speziellen Freiheitsrecht eingefangen wird (2). Hier könnte es danach - je nach der Definition des Tatbestandmerkmals "Beruf" - entweder um die Freiheit der Berufswahl oder Berufsausübung gehen. Es ist jedoch nicht unstrittig, ob *sedes materiae* der allgemeinen wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit bzw. der freien Unternehmerinitiative Art. 12 I ist, oder ob kein benanntes Freiheitsrecht thematisch einschlägig ist, mit der Folge, daß Art. 2 I als "Auffanggrundrecht" eingreift (3).

Auf der einen Seite steht die Auffassung, das Recht, ein Unternehmen zu gründen und nach frei gewählten wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten zu betreiben, folge historisch aus der Gewerbefreiheit, (somit?) verfassungsrechtlich aus Art. 12 (4), auf der anderen diejenige, nach der (nur) Art. 2 I einschlägig ist, wenn spezifisch die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung in der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung betroffen ist, ohne daß die in Rede stehende Freiheitsbeeinträchtigung selbständige Auswirkungen auf die Eigentumsverwendung oder auf die Art und Gestaltung der Unternehmertätigkeit nach sich zieht (5).

- (1) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft, S. 29
- (2) BVerfGE 30, 292 (336); so denn auch die Grundrechtsprüfung in: BVerfGE 50, 290 (366)
- (3) Kübler/Schmidt/Simitis, S. 81 u. 232 ff.; Scholz, AöR 100 (1975), 80 (127 ff.)
- (4) Mestmäcker, Zur gesellschaftsrechtlich organisierten Berufsfreiheit, in: FS für Harry Westermann, S. 414
- (5) Badura/Rittner/Rüthers, S. 233

Genau an dieser Stelle die entscheidende Grenzziehung vorzunehmen, bildet die Hauptschwierigkeit (1). Sie besteht mit anderen Worten darin, die unternehmerische Wirtschaftsfreiheit von der im Rahmen der Berufsfreiheit garantierten "Gewerbe- und Unternehmensfreiheit" abzugrenzen (2).

Von seiner Eigenart und Wirkung macht es der "Verdrängungseffekt" wirtschaftlicher Konzentration den kleinen und mittleren Wettbewerbern unmöglich, sich auf dem vom Monopol oder Oligopol beherrschten Markt zu behaupten.

Eine Subsumtion dieses Lebenssachverhaltes unter das Freiheitsrecht aus Art. 12 I führt zu folgendem Ergebnis: Sieht man als eigenständigen Beruf i.S.d. Art. 12 I schon die Unternehmertätigkeit etwa als Fabrikant einer bestimmten Ware an, so ist durch den "Verdrängungseffekt" konzentrativer Prozesse bereits recht frühzeitig die Freiheit der Berufswahl betroffen. Subsumiert man jedoch lediglich die Unternehmertätigkeit in solcher Weite unter den Begriff "Beruf", so werden durch Konzentration geschaffene Marktzutrittsschranken in erster Linie die Freiheit der Berufsausübung betreffen. (Der Unternehmer kann Unternehmen bleiben; ihm ist es lediglich durch die vorgegebenen wirtschaftlichen Verhältnisse nicht möglich, eine bestimmte gewerbliche Leistung anzubieten.)

Die Einstufung einer gewerblichen Tätigkeit als eigenständiger Beruf hängt davon ab, ob sich ein selbständiges Berufsbild ausgrenzen läßt, zumindest jedoch eine - wenn auch untypische - Betätigung vorliegt, aus der sich neue, feste Berufsbilder ergeben können (3). Unter Berufsbild versteht man die "gesamte Vorstellung über den Inhalt und die Grenzen der für den Beruf charakteristischen Tätigkeit und die fachlichen, persönlichen, gegebenenfalls auch finanziellen Gegebenheiten, die mit ihr verbunden sind" (4).

(1) Badura/Rittner/Rüthers, S. 232

(2) ebenda

(3) BVerfGE 7, 377 (397)

(4) Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 12, Rnr. 24

Danach wird man innerhalb unternehmerischer Tätigkeit zwischen verschiedenen und jeweils eigenständigen Berufen zu differenzieren haben. Wo die jeweiligen Grenzen verlaufen, bleibt eine Frage des Einzelfalls (1). So kann - je nach den für die kleineren und mittleren Unternehmen verbleibenden - Ausweichmöglichkeiten durch ein Monopol oder Oligopol sowohl bereits die Freiheit der Berufswahl (2), als auch erst die Freiheit der Berufsausübung berührt sein. Festlegen läßt sich aber jedenfalls, daß die Aufgabe der Selbständigkeit des Unternehmers stets eine Entscheidung im Sinne der Berufswahl ist (3): denn diese Art der Betätigung hat ein eigenes soziales Gewicht, eine soziale Eigenwertigkeit (4). Ein Betroffensein des Grundrechtes aus Art. 12 I stellt dann aber immer auch ein "Beeinträchtigtsein" dar, denn dem "Verdrängungseffekt" können niemals Gemeinwohlerwägungen zugrundeliegen.

Gleichzeitig mit der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit wird dann auch die Eigentumsgarantie aus Art. 14 I betroffen.

Art. 14 I schützt grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte einschließlich des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (5). Gerade die Möglichkeit, von seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach eigener Zwecksetzung umfassend Gebrauch zu machen, wird aber dem kleinen und mittleren Unternehmer auf einem vermachteten Markt genommen. Er sieht sich gegenüber dem mächtigen Monopol oder Oligopol wirtschaftlich äußerstenfalls gezwungen, sein Unternehmen aufzugeben.

- (1) So hat beispielsweise das BVerfG in seiner Entscheidung über die Zulässigkeit des Verbots, jugendgefährdende Schriften im Versandbuchhandel zu vertreiben (§ 6 I GJS), die Frage offengelassen, ob die Tätigkeit des Versandbuchhändlers ein eigenständiger Beruf i.S.d. Art. 12 I ist oder ob es sich um eine besondere Form des allgemeinen Buchhändlerberufes handelt.
- (2) Dies verkennen Andreae/Seidenfus, in: FIW (Heft 2), S. 9 ff. (35)
- (3) BVerfGE 7, 377 (398 f.); BGHZ 38, 13 (16 f.); Martens DVBl 1956, 782 (783)
- (4) Demmer, Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Regelungsbefugnis im Bereich des Wirtschaftsrechts, S. 129 f. m.w.N. in Fn. 1 u. 2; Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 46 mit Hinweis auf BVerfGE 7, 377 (398 f.)
- (5) BVerfGE 1, 277; BGH NJW 1963, 484

Dabei können die Schutzbereiche der Art. 12 I, 14 I in ihrem funktionalen Zusammenwirken - die Berufsfreiheit des Art. 12 I wird ausübungsverstärkend durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 I ergänzt, da sie für den freien Unternehmer wesentlich vom Einsatz vermögensmäßiger Mittel abhängt - als gemeinsame Gewährleistung des Grundrechts der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit zusammengefaßt werden (1).

Es zeigt sich somit, daß der Verdrängungseffekt eines fortschreitenden Konzentrationsprozesses in der Wirtschaft zur Beeinträchtigung der Freiheit der Eigentumsverwendung führt, sowie die Art und Gestaltung der Unternehmenstätigkeit, mithin die Berufsfreiheit (bzw. Gewerbefreiheit) aus Art. 12 I beeinflußt. Damit sind die speziellen Garantiegehalte sowohl des Art. 14 I als auch des Art. 12 I thematisch einschlägig. Ein etwaiges Betroffensein des Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I ist demgegenüber subsidiär (2). Insbesondere ist es nicht erforderlich, für die Verdrängung kleiner und mittlerer Unternehmen vom Markt Begriffe wie "Wirtschaftsfreiheit", "Unternehmensfreiheit" oder "Wettbewerbsfreiheit" zu schaffen, um diese dann dem Garantiegehalt des Art. 2 I zu unterstellen. Diese allgemeine Freiheitsgewährleistung umschreibt andere Sachverhalte unternehmerischen Tätigseins, nämlich solche, die thematisch nicht mehr zu der durch Art. 12 I gewährleisteten Berufsausübungsfreiheit gezählt werden können (3).

- (1) Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 108 m.w.N.; Dieses Freiheitsrecht bezeichnet Huber (DöV 1956, 135) als "Unternehmensfreiheit", die er als die Freiheit des selbständigen Unternehmens einschließlich des Rechtes am Unternehmen definiert, also als den Inbegriff von Gütern, Werten und Kräften, die die eingerichtete und funktionierende Unternehmenseinheit ausmacht.
- (2) Scholz, AöR 100 (1975), 80 (127 und 129); ders., Konzentrationskontrolle, S. 40; ders., Koalitionsfreiheit, S. 10 m.w.N. in Fn. 65 und ff.
- (3) anders: Andreae/Seidenfus, in: FIW Heft 2, S. 34 ff. (35), die sowohl durch den Verdrängungseffekt als auch durch Anpassungszwänge lediglich das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I betroffen sehen.

Der verfassungsrechtliche Auftrag aus Art. 12 I, 14 I i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 I an den Gesetzgeber, Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie, mithin eine allgemeine Wirtschaftsfreiheit sicherzustellen, kann sich damit angesichts einer bestimmten Verfassungswirklichkeit zu einem Entflechtungsauftrag verdichten. Den Zustand dieser Verfassungswirklichkeit genau zu umreißen und damit den Zeitpunkt für das Angezeigtsein der Entflechtung zu bestimmen, dürfte allerdings abstrakt kaum möglich sein.

Zwar ist es richtig, wenn Andreae/Seidenfus (1) zu dem Schluß kommen, daß man das in Art. 12 I verankerte Grundrecht nicht so weit auslegen darf, daß der Staat hier gewissermaßen die Pflicht habe, auch faktische Zugangsbeschränkungen ("Verdrängungseffekt", unüberwindliche Marktzutrittsschranken für newcomer) aufzuheben, etwa indem er dafür sorgt, daß der potentielle Unternehmer ausreichend Geldkapital zu für ihn annehmbaren Bedingungen erhält. Eine derartige extensive Auslegung dieses wie auch anderer Grundrechte würde in der Tat bedeuten, daß der soziale Rechtsstaat zu einem Sozialstaat, d.h. zu einem echten Wohlfahrtsstaat wird (2). Das entspräche dann nicht mehr dem Leitbild des sozialen Rechtsstaates (3). Wohl aber kann den staatlichen Gesetzgeber die Pflicht treffen, den Wesensgehalt (Art. 19 II) der Grundrechte auch gegenüber privaten Anfeindungen zu schützen (4). Wenn der Wesensgehalt von Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie oder allgemeiner Wirtschaftsfreiheit (Art. 2 I) etwa in einer "Zentralverwaltungswirtschaft mit privaten Vorzeichen" (5) angetastet wird, ist es nicht mehr nur eine politische, sondern schon eine (verfassungs-) rechtliche Frage, ob der Staat mit Hilfe wirtschaftspolitischer Maßnahmen (etwa eines "Entflechtungsgesetzes") diese Beeinträchtigungen mildern oder gar aufheben will (6).

(1) FIW Heft 2, S. 34

(2) ebenda

(3) ebenda

(4) so Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 1044, im Hinblick auf das Grundrecht des Arbeitnehmers aus Art. 12 I auf freie Wahl von Beruf und Arbeitsplatz.

(5) Thiele JR 1977, 144 (146)

(6) Zumindest insoweit muß der von Andreae/Seidenfus, aaO. S. 35, vertretene Standpunkt modifiziert werden.

(bb) Beeinträchtigung der negativen Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 I GG

Weiterhin könnte der Verdrängungseffekt in den grundrechtlichen Gehalt der Vereinigungsfreiheit eingreifen, auch Art. 9 I auf diese Weise in einer bestimmten Situation zum Tätigkeitsappell an den Gesetzgeber werden, wenn nämlich die Verdrängung kleiner und mittlerer Unternehmen darin besteht, daß diese gezwungen werden, sich dem mächtigen monopolistischen oder einem der oligopolistischen Unternehmen anzuschließen.

Der von wirtschaftlicher Konzentration so möglicherweise ausgehende Zwang zum Zusammenschluß (1) könnte in das durch Art. 9 I gewährleistete Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit eingreifen (2). Voraussetzung ist zunächst, daß die aus dem Konzentrationsprozeß hervorgegangenen großen Unternehmen "Vereinigungen" i.S.d. Art. 9 I sind.

Nach herrschender Meinung schützt die allgemeine Vereinigungsfreiheit der Art. 9 I jeden Zusammenschluß von Rechtssubjekten, gleichgültig, zu welchem Zweck und in welcher Rechtsform er erfolgt. Dieses Prinzip der formalen Vereinigungsfreiheit sichert auch Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zwecksetzung (3), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie sich unterverfassungsrechtlich ausgestalteter Organisationsformen (den im HGB, AktG, GmbHG, GenG typisierten Vereinigungsmodellen) bedienen (4). Die Frage, ob einem Unternehmen, das aus eigenem (also durch internes Unternehmenswachstum) so groß geworden ist, Vereinigungscharakter zukommt (5) und diese damit den Schutz des Art. 9 I vor Entflechtungsmaßnahmen genießen, stellt sich hier noch nicht, da es um den Schutz der kleinen und mittleren Unternehmen ausschließlich vor dem Vorgang des (Zwangs-) Zusammenschlusses durch Anschluß an einen der oder den Marktführer geht.

(1) s. o. S. 32

(2) Huber, DöV 1956, 135 (139)

(3) ebenda; Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 201

(4) Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 40

(5) s. u. sub IV.2.b) bb) (3), S. 186 ff.

Damit handelt es sich hier um einen konkreten Konzentrationsvorgang, der auf die Entstehung einer gemeinsamen, d.h. intersubjektiven und subjektschaffenden Organisation gerichtet ist (1). Von seiner Thematik her ist Art. 9 I also einschlägig.

Es stellt sich hier jedoch die Frage, ob die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I nicht als bloßes grundrechtliches Ausübungsrecht lediglich in den Dienst der Wirtschaftsfreiheit des Unternehmers tritt (2). Diese Frage erscheint im hiesigen Zusammenhang der Grundrechtskollisionen im Privatrechtsverkehr jedoch von wesentlich geringerer Bedeutung, als ihr dann zukommt, wenn es um die Einschränkung von wirtschaftlichen Grundrechten durch staatliche Maßnahmen der Unternehmensentflechtung geht. Denn dann sind für die hoheitliche Einschränkung der Grundrechte die jeweiligen Schranken maßgeblich (3). An dieser Stelle ist lediglich festzuhalten, daß private Vereinigungen (hier große Unternehmen) aufgrund ihrer sozialen Mächtigkeit das Recht des einzelnen bedrängen, ihnen fern zu bleiben, daß es mithin geboten ist, die negative Vereinigungsfreiheit in die privatrechtliche Dimension zu übersetzen, um Art. 9 I umfassend zu realisieren (4).

Auch die Vereinigungsfreiheit stellt somit eine grundgesetzliche Kollisionsnorm zu einem immer weiter voranschreitenden Konzentrationsprozeß in der Wirtschaft dar.

- (1) Vgl. die Formulierung bei Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 41
- (2) so Scholz, ebenda, der der Vereinigungsfreiheit nur eine ergänzende Schutzfunktion beimißt und ihre verfassungssystematische Rolle nicht für entscheidend hält; ebenso: Kübler/Schmidt/Simitis, S. 71 ff. m.w.N.; anders aber die Judikatur des BVerfG: für einen "eigengearteten Schutz- und Ordnungszweck", E 50, 290 (353 ff.); zustimmend: Badura/Rittner/Rüthers, S. 215 ff. (217, prononciert gegen Scholz und Schwerdtfeger)
- (3) Daher soll die Frage der Reichweite des Art. 9 I im Bereich wirtschaftlicher Betätigung auch in diesem Zusammenhang behandelt werden. S. u. S. 186 ff.
- (4) Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 1048 f.

(cc) Schutz mittelständischer Unternehmen als
Institution im Wirtschaftsverfassungsrecht

Schließlich ist in Zusammenhang mit dem Verdrängungseffekt die Frage zu beleuchten, ob das Grundgesetz spezielle Gewährleistungen zum Schutz des Mittelstandes (etwa als Institutsgarantie) enthält, der Trend zu Groß- und Größtunternehmen also auch insoweit mit einer verfassungsrechtlichen Wertentscheidung kollidiert, als es nach der grundgesetzlichen Ordnung eine mittelständische Wirtschaft als Institution geben muß (1).

In mehreren - sich zum Teil mit ganz unterschiedlichen Sachfragen befassenden - Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, daß es zulässig ist, zugunsten eines Gemeinwohlinteresses am Erhalt und an der Funktionsfähigkeit der mittelständischen Wirtschaft Freiheitsrechte großer Unternehmen einzuschränken (2) und daß der Gesetzgeber grundsätzlich auch nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 I verstößt, wenn er kleine und mittlere Unternehmen anders behandelt als Groß- und Größtunternehmen (3). In seiner Entscheidung über die Vereinbarkeit des Nachtbackverbotes mit dem Grundgesetz hat das Bundesverfassungsgericht (4) anerkannt, daß der Schutz kleinerer handwerklicher Betriebe unter Belastung von Großunternehmen ein nach dem Grundgesetz mögliches Ziel der Wirtschaftspolitik ist (5): "Die Erwägung, wirtschaftlich stärkere Unternehmen in ihrer Tätigkeit zu begrenzen, um im Interesse des Mittelstandsschutzes die wirtschaftlich weniger leistungsfähigen Betriebe zu erhalten, kann nicht beanstandet werden." In ähnlicher Weise erkennt das Bundesverfassungsgericht (6) auch die "Stärkung der Stellung der deutschen Winzer im Wettbewerb und ... Erhaltung und Förderung eines gesunden Winzerstandes" als gesetzgeberisches Ziel an.

(1) Vgl. etwa Art.164 WRV; v.Mangoldt/Klein, Bd.I, Vorbemerkung, S.84 ff.

(2) E 13, 97 (111); insoweit zustimmend Mühl, in: FS für Bartholomeyczik, S. 299

(3) E 21, 292 (301); in die gleiche Richtung weisen auch E 19, 101 und 21, 160; Vgl. hierzu auch Mühl, aaO. S. 300

(4) E 23, 50

(5) aaO. S. 59 f.

(6) E 21, 150 (158)

Alle diese höchstrichterlichen Erwägungen besagen indes nur, daß es am Mittelstandsschutz ein politisch zu rechtfertigendes Interesse der Allgemeinheit geben kann, nicht jedoch, daß dieses Ziel dem Gesetzgeber vom Grundgesetz ohne weiteres vorgegeben ist. Dabei können sich mittelstandspolitische Ansätze durchaus an bestimmten gesellschaftspolitischen Idealvorstellungen orientieren (1).

Entsprechend kann auch das folgende nur als politische Willensbekundung, nicht als Erfüllung verfassungsrechtlicher Postulate aufgefaßt werden: 1970 hat die Bundesregierung Grundsätze einer Strukturpolitik für kleine und mittlere Unternehmen aufgestellt (2). In der Vorbemerkung zu diesen Grundsätzen heißt es: "Die freie Entfaltung und die Eigenverantwortung von Unternehmen und Unternehmern (Art. 12 I, 14 I, 2 I (3)) sind elementare Grundlagen unserer leistungsorientierten marktwirtschaftlichen Ordnung. Dazu gehört, daß eine ausreichende Zahl wirtschaftlich selbständiger Unternehmen tätig ist. Deshalb kommt der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen, unabhängig von ihrer Größe wirtschaftspolitisch besondere Bedeutung zu. Die Bundesregierung will gerade auch mit der Förderung der Leistungsfähigkeit von kleinen und mittleren Unternehmen zur Funktionsfähigkeit unserer Wirtschaftsordnung und zur allgemeinen Wohlstandssteigerung beitragen." (4)

Verfassungsrechtlich - nicht nur verfassungspolitisch - ist der Mittelstand als ein Strukturelement der Wirtschaftsordnung aber jedenfalls insoweit eine Notwendigkeit, als die Institution einer mittelständischen Wirtschaft erforderlich ist, um den Grundrechten der Art. 2 I, 12 I und vor allem auch des Art. 14 I zur Effektivierung und Aktualisierung zu verhelfen.

(1) Kantzenbach, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Band, S. 174 m.w.N. in Fn. 34

(2) BT-Drucks. VI, 1666

(3) Der Vermerk innerhalb der Klammer stammt vom Verfasser.

(4) BT-Drucks. VI, 1666, S. 2

Dies ergibt sich bereits aus den soeben (1) gewonnenen Ergebnissen. Insoweit erfordern die konkret-wirtschaftsordnenden Entscheidungen des Grundgesetzes in Gestalt der angesprochenen Grundrechte eine Vielzahl unabhängiger und selbständiger Entscheidungsträger im Wirtschaftsleben. Deshalb ist eine hochgradige Konzentration und das Überhandnehmen von Oligopolen und Monopolen (eben eine "Zentralverwaltungswirtschaft mit quasi umgekehrten, d.h. privaten Vorzeichen" (2)) mit dieser Wertentscheidung des Grundgesetzes nicht mehr vereinbar. Wenn mittelständische Industrie, Handel und Gewerbe in einer vermachteten Wirtschaft überhaupt nicht mehr existent sind, dann sind die o.a. grundrechtlichen Freiheiten in ihrem Wesensgehalt (Art. 19 II) angetastet, weil dann dem Einzelnen ein angemessener Spielraum zur Eigeninitiative und zur Eigenverantwortung und damit zur Entfaltung der persönlichen Freiheit nicht mehr gewährt wird. Insoweit besteht eine gewisse Parallelität mit der von Fikentscher (3) vertretenen Meinung zu der Frage einer Verankerung eines Kartellverbotes im Grundgesetz, als deren Ergebnis Fikentscher formuliert: "Nur soviel läßt sich unter Beachtung der vom Grundgesetz vorausgesetzten Rahmenwirtschaftsordnung sagen, daß die materielle Wettbewerbsbeschränkung (Marktbeherrschung) von einem gewissen Grade an grundgesetzwidrig ist (Wessensgehalt der Gewerbefreiheit) und der Bekämpfung durch eine entsprechende Gesetzgebung bedarf."

Dafür reicht indes eine bloß partielle Beeinträchtigung von einzelnen Grundrechtssubjekten in diesen Freiheitsgewährleistungen bei weitem nicht aus. Deshalb dürfen Entflechtungsmaßnahmen nicht schon etwa dann als Postulat der Verfassung aufgefaßt werden, wenn es auf einzelnen Märkten zu Diskriminierungs- und Behinderungspraktiken kommt bzw. partiell eine fortschreitende Mediatisierung des Eigentums (4) zu konstatieren ist, wobei es jedoch dem Gesetzgeber unbenommen bleibt, schon dann Entflechtungen zum Mittelstandschutz anzuordnen. Dies ist dann jedoch eine wirtschafts- und verfassungspolitische Entscheidung, ohne daß damit eine verfassungsrechtliche Pflicht korrespondierte.

(1) oben unter (aa) S. 82 ff. und (bb) S. 89 ff.

(2) Thiele JR 77, 144 (146)

(3) Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 200

(4) s. dazu unten S. 104 ff.

- (b) Beeinträchtigung der allgemeinen Unternehmensfreiheit / wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit (Wettbewerbsfreiheit als Produktions- und Preisfreiheit) durch den Anpassungszwang im Hinblick auf die unternehmerischen Aktionsparameter

Betrifft der Verdrängungseffekt wirtschaftlicher Konzentration vor allem die Gewerbefreiheit im engeren Sinne, da er die freie Unternehmerexistenz als solche bedroht, mithin hauptsächlich das Grundrecht aus Art. 12 I sowie Art. 14 I, beide Freiheitsrechte auch in ihrem funktionalen Zusammenwirken (1), so geht es nunmehr darum, welche grundrechtlichen Garantiegehalte dadurch betroffen sind, daß auf einem vermachteten Markt das oder die herrschenden Unternehmen einen bei wirtschaftlich-tatsächlicher Betrachtung unwiderstehlichen Anpassungszwang auf die unterlegenen Unternehmen im Hinblick auf Auswahl und Gestaltung der unternehmerischen Aktionsparameter ausüben (2). Somit ist hier die schwierige Abgrenzung bedeutsam zwischen der Gewerbefreiheit im engeren Sinne (Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit, beide in funktionaler Verknüpfung mit Art. 14 I als die Garantie, von seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach eigener Zwecksetzung umfassend Gebrauch zu machen) einerseits und der Gewerbefreiheit im weiteren Sinne (Unternehmensfreiheit, Wirtschaftsfreiheit, wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit) andererseits (3). Letztere schließt als die allgemeine Freiheit zum Handeln auf dem Gebiet des gewerblichen (wirtschaftlichen) Lebens insbesondere die Wettbewerbsfreiheit, die Vertragsfreiheit (die ihrerseits wiederum z.B. die Preisfreiheit umfaßt (4)), die Produktionsfreiheit und die Konsumfreiheit ein (5).

(1) s. o. S. 87

(2) Kantzenbach, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft (1. Band), S. 173

(3) Die hier (unter (b)) dargestellte Freiheitsbeeinträchtigung und die entsprechende Grundrechtsthematik ist also zu unterscheiden von der oben (unter (a) (aa), S. 82 ff.) behandelten Problematik.

(4) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 44

(5) aaO. S. 32

Sie kann insoweit unter Berufung auf Art. 2 I in Anspruch genommen werden, als nicht der Gewährleistungsbereich der Berufsfreiheit, der Eigentumsgarantie oder der Vereinigungsfreiheit betroffen ist (1). Damit wird der Schutz der Freiheit im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung nicht mehr ganz oder hauptsächlich als Aufgabe der einschlägigen Spezialgrundrechte gesehen (2).

Geht es darum, für hoheitliche Eingriffe des Staates den grundrechtlichen Prüfungsmaßstab des Art. 12 I von demjenigen des Art. 2 I abzugrenzen, wird üblicherweise, sofern es sich nicht schon um unmittelbar berufsbezogene Eingriffe handelt, die Frage untersucht, ob die lediglich mit Ordnungscharakter und dem Ziel der Gefahrenabwehr ausgestatteten Maßnahmen die Berufsausübung als solche betreffen (3). Dieses Vorgehen scheint jedoch in unserem Zusammenhang, da es um Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten durch Private geht, wenig erfolgversprechend, denn der von marktmächtigen Unternehmen ausgehende Anpassungszwang ist strukturell zu sehr verschieden von einem hoheitlichen Eingriff, geschehe er durch Gesetz oder Verwaltungsakt (4).

Weiterhelfen kann nur eine Auslegung der Thematiken "Berufsausübung" und "Eigentumsverwendung". Diese entscheidet darüber, ob die Wahl der Aktionsparameter, der Einsatz von Mitteln des Wettbewerbs (Preise, Qualitäten der Produkte, Lieferfristen, Kundendienst, die Art und Weise der Verpackung, Rabatte, Skonti, Zugaben, Lieferung frei Haus, gute Beratung der Kunden sowie Werbung (5) in Film, Funk, Fernsehen, Presse, an Anschlagssäulen (6))

- (1) BVerfGE 30, 292 (336); Badura/Rittner/Rüthers, S. 232; Vgl. oben S. 82 ff.
- (2) ebenda im Anschluß an Scholz, AöR 100, 80 (127 ff.)
- (3) Nipperdey aaO. S. 34 m.w.N. in Fn. 40 b
- (4) zur strukturellen Unterschiedlichkeit von hoheitlichen und privaten Freiheitsbeeinträchtigungen: Rupp, Verfassungsrecht und Kartelle, S. 190
- (5) zur Werbung als grundrechtlich (Art. 2 I) geschütztes Teilrecht der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit: Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 12 I Rnr. 11
- (6) Vgl. diese Zusammenstellung bei Gutmann/Hochstrate/Schlüter, S. 57

noch zur Ausübung des Unternehmerberufes und zur Möglichkeit, von seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (1) nach eigener Zwecksetzung umfassend Gebrauch zu machen, mithin zu den Schutzbereichen des Art. 12 I und 14 I gehört.

Mit Scheuner (2) ist zunächst davon auszugehen, daß die Sicherung der unternehmerischen Dispositionsbefugnis durch Art. 14 I erfolgt. Damit ist dann "in der Stellung des Eigentums ... neben der wirtschaftlichen Nutzung auch das Recht enthalten, über die im Eigentum verkörperten Vermögenswerte durch Planung und zweckgerichtete Verwendung zu bestimmen. Man kann daher im Blick auf diese wirtschaftliche Einsatzverfügung von Sachgütern und Vermögenswerten im Eigentum die Grundlage der unternehmerischen Leitungs- und Dispositionsbefugnis sehen". (3)

Speziell das Eigentum am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bildet also die Grundlage für die unternehmerische Dispositionsbefugnis im Marktverhalten. Geht es in erster Linie um die Verwendung von Erworbenem (Art. 14 I), so ist unternehmerisches Marktverhalten jedoch auch ergänzend in seiner Erwerbsbezogenheit (4) von der Berufsfreiheit des Art. 12 I, dem man "den einheitlichen Komplex der beruflichen Betätigung" unterstellen kann (5), umfaßt (6).

- (1) Vgl. zum Schutzbereich des Art. 14 I im Hinblick auf das Recht am Gewerbebetrieb: BVerfGE 1, 264 (277); 13, 225 (229); BGHZ 23, 157 (162); 45, 83 (87 ff.); 45, 150 (154 ff.); 48, 58 (60 ff.); Badura AöR 97, 153 ff.; Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 14 Rnr. 32
- (2) Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S. 49f.
- (3) ebenda; zustimmend: Lerche, Verfassungsfragen, S. 13; ähnlich: Papier, VVDStRL 35, 79 f.
- (4) zu dieser Ausrichtung des Art. 12 I vgl. etwa BVerfGE 30, 292 (335); Scholz, Mitbestimmung, S. 59
- (5) BVerfGE 7, 397; zustimmend: Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 2 I Rnr. 43
- (6) Lerche, Verfassungsfragen, S. 13 im Anschluß an Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 39; für den Schutz einer so verstandenen "Unternehmensfreiheit" durch Art. 12 I/14 I auch: Rüfner, DVBl 1976, 689 f.

Ähnlich sieht H.P. Ipsen (1) die unternehmerische Wirtschaftsfreiheit zwar im Zentrum der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I gewährleistet, flankiert freilich von der Berufs- und Gewerbefreiheit gemäß Art. 12 I und von der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 I. Aus dem Komplex und Wirkungszusammenhang dieser grundrechtlichen Gewährleistungen schließt Ipsen mit Recht auf die Garantie "eines angemessenen Spielraumes zur Entfaltung der Unternehmerinitiative" (2).

Es zeigt sich also, daß eine wirtschaftliche Betätigung sehr weitgehend den Art. 12 I, 14 I unterstellt werden kann (3). Mithin kommt dem Art. 2 I insoweit nur beschränkte Bedeutung zu, ohne daß es freilich anzuzweifeln ist, daß die freie Entfaltung der Persönlichkeit auch den homo oeconomicus meint (4).

Dieses Ergebnis findet Bestätigung auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Wenn dort etwa Einschränkungen der Werbetätigkeit durch das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909 als Berufsausübungsregelungen (5) ebenso angesehen werden, wie das Verlangen kugelsicherer Trennwände bei Droschken und Mietwagen (6) und wenn man darüber hinaus auch das GWB ebenso zu den Regelungen der Berufsausübung zählt (7) wie staatliche Preisvorschriften (8), wird deutlich, daß auch der hier untersuchte Sachverhalt des Anpassungszwanges thematisch von Art. 12 I Satz 2 und nicht allein von einer allgemeinen wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit im Sinne des Art. 2 I erfaßt wird (9).

(1) Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, S. 79 f.

(2) Insoweit zustimmend: Scholz, ZHR 141 (1977), 520 (548)

(3) Reiner Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S. 252

(4) aaO. S. 253

(5) E 9, 221

(6) E 21, 72

(7) Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 12 Rnr. 99

(8) aaO. Rnr. 38

(9) so auch: Demmer, Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Regelungsbefugnis im Bereich des Wirtschaftsrechts, S. 179 f., der die freie Entscheidung des Unternehmens, unter welchen Bedingungen es beim Auftreten auf einem Markt handeln will, dem Art. 12 zuordnet (S. 180 oben).

Nach alledem ist festzustellen, daß die Freiheit des Unternehmers, eigenverantwortlich über den Einsatz seiner Aktionsparameter zu entscheiden, so eng mit der Ausübung des Unternehmerberufes im Zusammenhang steht und das Gebrauchmachen vom Eigentumsrecht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betrifft, daß sie sowohl dem Schutzbereich des Art. 12 I (1) als auch dem des Art. 14 I (beide auch in funktionaler Verknüpfung) unterfällt, so daß es des ergänzenden Schutzes durch die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I als Auffanggrundrecht nicht bedarf.

Freilich besteht auch hier das Problem der Grundrechtskollision, denn auch der marktmächtige Unternehmer, der an Konzentrationsvorgängen beteiligt ist, kann grundrechtlich geschützte Freiheitspositionen für sich in Anspruch nehmen (2). Nicht etwa kann den mit weit überlegener Sozialmacht ausgestatteten Unternehmen, die ihrerseits die übrigen Teilhaber der Wirtschaftsgemeinschaft teilweise massiv ihres Freiheitsgebrauches berauben, von vornherein der Grundrechtsschutz abgesprochen werden (3). Das Problem der Grundrechtskollision soll im Zusammenhang mit der Frage grundrechtlicher Zulässigkeit von Unternehmensentflechtungen (4) eingehender behandelt werden.

An dieser Stelle bleibt festzuhalten, daß die Verfassung grundsätzlich keinen Schutz gegen Wettbewerb und gegen unerwünschte Konkurrenz gewährt, da sich dieser Schutz gegen die wirtschaftliche Freiheit des Mitbewerbers richten würde (5), daß dies aber nicht auch den letztlich verfassungsrechtlich abgesicherten Schutz gegen wirtschaftliche Konzentration und Monopolismus ausschließt. Denn es ist etwas prinzipiell Unterschiedliches, ob der beschriebene Anpassungszwang durch den Markt (der auch das Ergebnis von Grundrechtsausübungen darstellt) oder von einem einzigen mächtigen Groß- oder Größtunternehmen ausgeübt wird. Nur im letzteren Falle findet gewissermaßen freiheitsfeindlicher Dirigismus von privater Seite statt.

(1) so auch: Reißmüller, Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung, S. 88 f.

(2) Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 39, spricht insoweit sehr anschaulich von der "Freiheit zur Konzentration" und der "Freiheit des Konzentrationstatbestandes".

(3) Vgl. dazu etwa Papier, VVDStRL 35, 79 ff. m.w.N.; s. dazu auch unten IV. 2. b) aa) (4), S. 157 ff.

(4) s. u. IV. 2. c) cc), S. 200 ff.

(5) Nipperdey, aaO. (Fn. 4 S. 94), S. 29

- (c) Verringerung der Wahl- und Vergleichsmöglichkeiten bei Konsumenten (Konsumfreiheit) und Lieferanten (allgemeine Unternehmensfreiheit/Gewerbefreiheit i.w.S.)

Der Sachverhalt wirtschaftlicher Konzentration wirkt sich für die Konsumenten und Lieferanten der großen, marktbeherrschenden Unternehmen vor allem darin aus, daß ihre Auswahl- und Vergleichsmöglichkeiten im Hinblick auf ihre jeweiligen Vertragspartner bis hin zur Abhängigkeit stark eingeschränkt werden. Dementsprechend hat Kantzenbach (1) eine der ökonomischen Wettbewerbsfunktionen formuliert: Durch den Wettbewerbsprozeß werde die Zusammensetzung des laufenden Angebots an Waren und Dienstleistungen nach den Käuferpräferenzen gesteuert. Bei gegebener Einkommensverteilung und gegebenem Produktionsvolumen werde durch diese Steuerung das Maß der Befriedigung individueller Bedürfnisse gesteigert. Für die Lieferanten könnte dies die Beschränkung eines freien Wettbewerbs (wobei hier insbesondere die Produktions- und Preisfreiheit als Teilbereiche der Wettbewerbsfreiheit, verstanden als unternehmerische Entfaltungsfreiheit, betroffen sind, da das nachfragemächtige Groß- oder Großunternehmen insoweit Bedingungen diktieren kann und diktiert), für die Konsumenten einen Eingriff in die Freiheit zum Konsum bedeuten. Wenn diese Freiheitsbetätigungen grundrechtlich gewährleistet wären, ließe sich auch daraus eine Verstärkung des Tätigkeitsappells an den Gesetzgeber herleiten.

Die Wettbewerbsfreiheit definiert Huber (2) als das "Recht (...), durch den freien Zugang zur wirtschaftlichen Tätigkeit und durch ihre freie Ausübung die individuellen Anlagen und Kräfte nach freiem Ermessen im Wirtschaftsleben einzusetzen und durchzusetzen." (3)

(1) Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 16-19;
Vgl. auch Ingo Schmidt, S. 32

(2) Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, S. 661; Vgl. auch
Über, Freiheit des Berufs, S. 147 ff.

(3) Nipperdey, in: Die Grundrechte IV/2, S. 886

Für den Verbraucher beinhaltet die Konsumfreiheit das Recht, selbst und frei zu entscheiden, ob, was, wieviel und wo er Güter erwerben will (1).

Handelt es sich bei der Frage einer grundrechtlichen Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit wiederum um eine solche nach dem Inhalt von Eigentumsgarantie und Berufsfreiheit und nach deren Verhältnis zum Generalfreiheitsrecht des Art. 2 I, so stellt sich hinsichtlich der Konsumfreiheit lediglich die Frage, ob die Verbraucher insoweit das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I in Anspruch nehmen können. Eine spezielle Gewährleistung der Konsumfreiheit kommt hingegen von vornherein nicht in Betracht. Das konsumierende Grundrechtssubjekt übt insoweit keinen Beruf aus, so daß Art. 12 I thematisch versagt. Gleiches gilt für die Eigentumsgarantie; denn zwar trifft der Grundrechtsträger bei seiner Konsumententscheidung eine Disposition hinsichtlich der Verwendung des von ihm erworbenen Vermögens, diese Entscheidung hat jedoch nicht den umfassenden und existenziellen Charakter wie er der Eigentumsverwendung des Unternehmers in Gestalt der Verwaltung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes zukommt.

Zu prüfen bleibt insoweit lediglich, ob die Konsumfreiheit zu den Innominatrechten des Art. 2 I gehört. Kommt es zu der von Thiele (2) beschworenen "Zentralverwaltungswirtschaft mit gleichsam umgekehrten, d.h. privaten Vorzeichen", kann eine Freizügigkeit i.S.d. Art. 2 I für den einzelnen Bürger nicht mehr gewährleistet werden, denn es ist offenbar, daß "der Mensch, dessen Tätigkeit, Bedürfnisse und Freuden von einem Wirtschaftsplan bestimmt werden, weder seine Würde zu wahren vermag, noch auch Gelegenheit hat, sich zur Persönlichkeit zu entfalten. Der Bezugschein sammelnde Normalverbraucher kennt weder das eine noch das andere." (3)

(1) Nipperdey, in: Die Grundrechte IV/2, S. 886

(2) JR.1977, 144 (146)

(3) Partsch, Ordo 1954 (Band VI), S. 19 (35)

So kann es auch die Konsumfreiheit als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit und Gegenstück der ebenfalls grundrechtlich geschützten Produktionsfreiheit des Unternehmers (1) sein, die an den Gesetzgeber zum Tätigwerden gegen Unternehmenskonzentration appelliert. Entflechtungen können ein sehr wirksames Instrument sein, wirtschaftspolitische wünschenswerte Produktions- und Dienstleistungsstrukturen zu schaffen, in denen sozial schädliche Unternehmensstrategien eingedämmt werden können und insbesondere der Ausbeutung von Konsumenten bzw. Nachfragern ein Riegel vorgeschoben wird (2).

Auch die Wettbewerbsfreiheit des Lieferanten bestehend in der freien Wahl seiner Aktionsparameter (hier vor allem Produktions- und Preisfreiheit) ist ebenso wie die des Mitbewerbers (3) - anders als die (noch) herrschende Meinung (4) dies tut - nicht bei der allgemeinen Handlungsfreiheit anzusiedeln, sondern hat ihren thematischen Standort in der funktionalen Verknüpfung der Grundrechte aus Art. 12 I und 14 I (5). Insoweit ist der von Scholz (6) vertretenen Meinung zuzustimmen. Nicht einsichtig ist jedoch, inwiefern der durch Art. 12 I, 14 I (3 I) gewährte Schutz der Wettbewerbsfreiheit nur ein mittelbarer (7), die Wettbewerbsfreiheit lediglich "Ausübungsrecht" der Grundrechte aus Art. 12 I und 14 I ist. Das Recht des Individuums, am Wettbewerb in freier Selbstbestimmung und Selbstverantwortung teilzunehmen, gehört inhaltlich (und eben nicht nur als Rechtsfolge, als "reale Verhaltensform", "reales Verhaltensergebnis" (8)) zum Grundrecht der freien Berufsausübung.

- (1) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 42; zur Konsumfreiheit vgl. auch Bäumler, Staatliche Investitionsplanung unter dem Grundgesetz, S. 93
- (2) Nagel, in: Handbuch des Wettbewerbs, S. 333 ff. (358)
- (3) S. o. unter (b), S. 94 ff.
- (4) Huber, DöV 1956, 135; Vgl. auch die Nachweise bei Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 44, Fn. 27
- (5) Lerche, Verfassungsfragen, S. 14
- (6) Konzentrationskontrolle, S. 44 f.
- (7) aaO. und ZHR 132 (1969), 106 sowie Wirtschaftsaufsicht, S. 128
- (8) so aber Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 44

Wenn aber die Wettbewerbsfreiheit Bestandteil einer freien Berufsausübung ist, dann genießt sie Schutz nicht nur mittelbar aus Art. 12 I i.V.m. Art. 14 I als Rechtserfolg freier unternehmerischer Betätigung, sondern ist unmittelbar durch die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie geschützt.

Wenn der Lieferant durch Konzentration nach und nach immer mehr Kunden verliert, und im Extremfall nur ein Unternehmen als Kunde übrigbleibt, so kann dieses mittels seiner Nachfragemacht (1) das Verhalten des Lieferanten auf einem nicht mehr pluralistisch strukturierten Markt bestimmen. Damit ist die freiheitliche Selbstbestimmung der unternehmerischen Aktionsparameter für den abhängig gewordenen Lieferanten nicht mehr möglich. Wie dem Mitbewerber (2) ist auch ihm das Recht genommen, durch den freien Zugang zur wirtschaftlichen Tätigkeit und durch ihre freie Ausübung die individuellen Anlagen und Kräfte nach freiem Ermessen im Wirtschaftsleben einzusetzen. Über den Einsatz der unternehmerischen Aktionsparameter entscheidet nicht mehr der Unternehmer mit Blickrichtung auf den Markt, der auch das Ergebnis individueller Grundrechtswahrnehmungen ist, vielmehr findet ein Diktat des Nachfragemächtigen statt.

Somit sind durch übermäßige Unternehmenskonzentration auch auf der Marktgegenseite, bei den Konsumenten und Lieferanten der bzw. des marktmächtigen Unternehmen(s), in Gestalt der Konsum- und Wettbewerbsfreiheit grundrechtlich geschützte Positionen betroffen. Art. 2 I und Art. 12 I i.V.m. Art. 14 I verstärken damit auch unter diesem Blickwinkel tatsächlicher Konzentrationsauswirkungen den Appell an den Gesetzgeber, die verfassungsgemäße Ordnung der Wirtschaft konkretisierend zu erfüllen.

(1) Vgl. dazu MK, Sondergutachten 7 (Mißbräuche der Nachfragemacht und die Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

(2) S. o. unter (a) und (b) S. 81 ff. und 94 ff.

(d) Schutz der Privatautonomie als Institution

Thematisch hängt damit eng zusammen, daß der Monopolist oder die Unternehmer in einem Oligopol aufgrund ihrer Marktmacht in der Lage sein können, an die Stelle des mit dem Lieferanten, Abnehmer, Konkurrenten oder Arbeitnehmer frei ausgehandelten Vertrages einen einseitigen Willensakt zu setzen. So können letztlich die Grundlagen der Privatautonomie als von den Grundrechten garantiertes Institut zerstört werden (1). Als Teil des allgemeinen Selbstbestimmungsrechts des Menschen wird die Privatautonomie durch Art. 1, 2 geschützt und beinhaltet den Grundsatz, daß der Einzelne berechtigt ist, seine Lebensverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung eigenverantwortlich zu gestalten (2). Indes greift auch hier Art. 2 I i.V.m. Art. 1 als *lex generalis* nur dann ein, wenn Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit nicht von Spezialgrundrechten erfaßt werden (3). Die in unserem Zusammenhang diktierten Verträge sind jedoch - wie auch die vorstehenden Untersuchungen zeigen - in erster Linie solche, die so eng mit der Berufsausübungs- bzw. Berufswahlfreiheit in Konnex stehen, daß auch hier der Schutzbereich der Spezialgrundrechte aus Art. 12 I und 14 I betroffen ist.

Einer voranschreitenden Unternehmenskonzentration und Bildung privater Macht entgegenzutreten, kann daher auch unter dem Blickwinkel des institutionellen Schutzes der Privatautonomie ein Auftrag sein, der sich für den Gesetzgeber aus dem Grundgesetz ergibt. Diesen Auftrag zu erfüllen, heißt einmal mehr den Weg zum gerechten Interessenausgleich zu gehen, Grundrechtskollisionen zu lösen; denn es gilt, um der Privatautonomie willen (durch Entflechtungsmaßnahmen) in die Privatautonomie einzugreifen. "Der Rechts- und Sozialstaat des Bonner Grundgesetzes... steht hier vor einem nicht mit glatten Formeln zu lösenden Problem." (4).

(1) Mestmäcker, in: FS für Böhm (1975), S. 414

(2) Köbler, Juristisches Wörterbuch

(3) Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 2 I Rnr. 53

(4) Raiser, in: FS DJT, Bd. 1, 1960, S. 101 ff. (128)

(e) Schutz der Unternehmer - Eigentümer vor einer weiteren Mediatisierung und Relativierung des Eigentums

Ziel von Entflechtungsmaßnahmen kann es darüber hinaus sein, das Grundrechtssubjekt, das sich seines Eigentums bedient, um als Unternehmer am Wirtschaftsleben teilzunehmen, vor einer mit voranschreitender Konzentration einhergehenden Mediatisierung und Relativierung seines Eigentums zu schützen (1), denn Unternehmenskonzentration stellt sich nicht nur als unternehmerische Nutzung des wirtschaftlichen Eigentums dar, sondern kann schließlich auch zur Verdrängung des Eigentümer - Unternehmers aus der Wirtschaft und dessen Ersetzung durch die nur noch formal vom Eigentum her legitimierten Manager führen (2).

Unter einer so verstandenen Zielsetzung dienen Entflechtungsmaßnahmen nicht mehr ausschließlich der Offenhaltung der Märkte, um durch die Ermöglichung freien Wettbewerbs die Rahmenbedingungen für individuelle Grundrechtsausübung zu schaffen. Vielmehr erhalten konzentrationskontrollpolitische Maßnahmen eine neue - gesellschaftspolitische - Dimension (3).

Fraglich ist aber, ob diese gesellschaftspolitische Dimension unter dem Blickwinkel der Eigentumssicherung konzentrationskontrollpolitischen Maßnahmen eine rechtspolitische Aktualität zu geben vermag, wie überhaupt umstritten ist, welche Beurteilung die mit Schlagworten wie "Regime der Manager" oder "Aushöhlung des alten Eigentumsbegriffs" beschriebene Entwicklung erfahren soll.

- (1) Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 13: "Konzentrationskontrolle als besondere gesetzliche Eigentumssicherung"
- (2) v.Nell-Breuning, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 2. Band, S. 705; Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, S. 324 f., registriert die Trennung von rechtlichem Eigentum und tatsächlicher Herrschaft als eine in Großunternehmen bestehende Tatsache.; ähnlich: Badura, Verhandlungen des 49. DJT, Bd. II
- (3) Möschel, Entflechtungen, S. 43 f.

Zunächst ist festzustellen, daß dem Schutz von Aktionären, insbesondere Minderheitsaktionären - und die große AG dürfte in der Regel der Ort sein, wo die oben beschriebene Relativierung und Mediatisierung des Eigentums sich am drastischsten vollzieht (1) - vor allem das Aktienrecht dient.

Insoweit ist es verfehlt, von einer "wirtschaftspolitischen Neutralität" des Aktienrechts zu sprechen (2). Darauf, daß es als verfassungsrechtlich gebotene Aufgabe des Gesetzgebers angesehen werden muß, einer eventuellen Schwächung des gesellschaftsrechtlich vermittelten Anteilseigentums durch Stärkung der Rechte der Organisations- und Kontrollmöglichkeiten der Anteilseigner entgegenzuwirken, weist Reiner Schmidt (3) hin.

Es scheint jedoch darüberhinaus durchaus nicht erforderlich, daß z.B. die Aktie als ohnehin schon nur "gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum" (4) des Schutzes durch konzentrationskontrollpolitische Maßnahmen bedarf. Daß das individuelle Eigentum in einem extrem arbeitsteiligen und verschachtelten Sozial- und Wirtschaftssystem ein anderes Gesicht erhält als es archetypischen Vorstellungen vom Eigentum als absolutem Recht an einer Sache entspricht, ist eine zu akzeptierende Notwendigkeit (5) und zugleich auch wohl eine Chance (6), um eine optimal funktionierende Volkswirtschaft anstreben zu können. Welche Vorteile die in großen Unternehmen bestehende Trennung von Besitz und Herrschaft haben kann, hat Benda (7) hervorgehoben:

- (1) Vgl. Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, S. 14 ff.
- (2) Daß das Aktienrecht (auch) wirtschaftspolitischen Vorstellungen entspringt und die These von der "wirtschaftspolitischen Neutralität" des Aktienrechts nicht haltbar ist, weist Großfeld, aaO. insbesondere S. 44 ff., nach.
- (3) AÖR 104 (1979), 638 (640)
- (4) BVerfGE 14, 263 (276 f.); 25, 371 (407)
- (5) insoweit spricht v. Nell-Breuning, aaO., ausdrücklich nicht von einem Funktionsschwund, sondern von einem Funktionswandel; zu diesem Funktionswandel vgl. auch Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, S. 4 ff. (5)
- (6) Benda, aaO. S. 320 ff. (326)
- (7) aaO. S. 326 ff.

Da der Unternehmer - Angestellte seine Funktion nicht als Eigentümer der von ihm unternehmerisch eingesetzten Produktionsmittel ausübt, ist nicht mehr das Streben nach materiellem Gewinn (oft als "Profitsucht" diffamiert) Hauptantriebsfeder seines Handelns, sondern der "Drang nach schöpferischer Gestaltung", mögen auch Machtstreben und persönlicher Ehrgeiz hinzukommen. Unternehmermacht ist damit nicht mehr Ausfluß materieller Vorteile, sondern beruht auf Fähigkeit und Leistungen (1). Gleichzeitig entstehen hierdurch vermehrte Aufstiegschancen unternehmerisch begabter Persönlichkeiten, die nicht über das zur Gründung eines eigenen Unternehmens erforderliche Kapital verfügen (2).

Andererseits liegt ein großer Nachteil dieser Entwicklung darin, daß Fehlentscheidungen des Wirtschaftsfunktionärs nicht im gleichen Maße zu dessen persönlichen Lasten gehen, wie dies bei dem unmittelbaren Eigentümer der Fall wäre (3). Deshalb, so Andreae und Seidenfus (4), sei es denkbar und in manchen Fällen nachweisbar, daß in seine Dispositionen Prestigeüberlegungen einfließen, die z.B. beim Eigentümer - Unternehmer der mittleren Industriellenschicht nicht angestellt werden. Im Extremfall schließlich kann die Aufhebung der Identität von Eigentum und tatsächlicher Herrschaft, der eine voranschreitenden Unternehmenskonzentration Vorschub leistet, zur Aushöhlung und Entmachtung des Eigentums führen (5) und auf diese Weise bewirken, daß Art. 14 I als nur noch formelle Verfassungsgarantie ins Leere stößt (6). Denn Art. 14 I will sicherstellen, daß es überhaupt Eigentum - und zwar Privateigentum - als rechtliche Herrschaftsform über die Güterwelt gibt (7) und damit auch die mit den erworbenen wirtschaftlichen Mitteln verbundenen Freiheiten gewährleisten (8).

(1) aaO. S. 326

(2) aaO. S. 327 m.w.N. in Fn. 105

(3) Andreae/Seidenfus, in: FIW (Heft 2) S. 29

(4) ebenda

(5) Benda aaO. S. 329

(6) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, S. 6

(7) Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 14 Rnr. 4; wie bereits Martin Wolf für Art. 153 WRV, in: FS für W. Kahl, S. 6

(8) Maunz aaO. Rnr. 6

Art. 14 I wird also durch Unternehmenskonzentration in der Weise betroffen, daß seine Funktion, das Eigentum als Grundlage privater Initiative und zum Nutzen des eigenverantwortlichen privaten Interesses zur gewährleisten (1), beeinträchtigt wird.

Daneben kann dieser aus der Sicht des Anteilseigners (vor allem des Kleinaktionärs in einer konzernierten Aktiengesellschaft) mit dem Schlagwort "Mediatisierung und Relativierung des Eigentums" gekennzeichnete Funktionswandel auch noch unter einem anderen, nicht mehr rein Eigentümer - individualistischen Blickwinkel den Garantiegehalt des Art. 14 I berühren.

Sieht man Machtverteilung, die Schaffung eines Systems "der Dezentrierung und Verteilung von Macht, Chancen, Risiko und Herrschaft" (2), als eine (gesellschaftspolitische) Funktion des Eigentums, mithin von der Garantie des Art. 14 I umfaßt und nicht nur als Ziel einer auf möglichst breite Streuung bedachten Eigentumspolitik (3), so kann die voranschreitende Zusammenfassung der aus dem Eigentum fließenden Verfügungsbefugnisse (4) im Wege internen und externen Unternehmenswachstums diese Machtverteilungsfunktion des Art. 14 I wesentlich beeinträchtigen (5). Unternehmensentflechtung hier als gesetzliche Eigentumssicherung einzusetzen, erscheint gleichwohl als eine wenig realistische und vor allen Dingen wirtschaftspolitisch wenig erstrebenswerte Zielsetzung (6).

(1) BVerfGE 50, 290 (342 f.)

(2) Rupp, Grundgesetz und "Wirtschaftsverfassung", S. 35 f.; ähnlich: BVerfGE 50, 344

(3) in diese Richtung wohl: Maunz aaO. Rnr. 9; ähnlich: Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 91

(4) über die realiter bestehende Fragwürdigkeit der Verbindung von Eigentum und daraus fließenden Verfügungsbefugnissen: Vgl. soeben S. 105

(5) ähnlich: Papier, VVDStRL 35, 105, LS II. 3. b)

(6) Benda, Industrielle Herrschaft, S. 316; so aber Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 13; in diese Richtung wohl auch: Andreae/Seidenfus, in FIW-Heft 2, S. 38 ff. (39)

Mithin kann aus Art. 14 I unter diesem Gesichtspunkt kein entsprechender Tätigkeitsappell an den Gesetzgeber abgeleitet werden, wenngleich zuzugeben ist, daß die Eigentumsgarantie des Art. 14 I dem Staat die Verantwortung dafür auferlegt, intervenierend dort einzugreifen, wo durch kollektivierende Vorgänge im Bereich sozialer, nicht-staatlicher Gewalten die individuelle Verfügungsmacht über das Eigentum gröblich beeinträchtigt wird (1).

Sehr zurückhaltend gegenüber einem Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber, für eine breite Streuung des Eigentums zu sorgen, hat sich denn auch das Bundesverfassungsgericht geäußert. In seiner Entscheidung über die Vereinbarkeit des § 15 des Umwandlungsgesetzes mit dem Grundgesetz (2) führt das Gericht u.a. aus (3): "Es ist geltend gemacht worden, die Mehrheitsumwandlung sei mit dem Sozialstaatsprinzip unvereinbar; denn sie stehe in Widerspruch zu dem Bestreben nach breiter Streuung des Eigentums an industriellen Unternehmen und nach Vermögensbildung in bisher der Aktie fernstehenden Kreisen, wie es vor allem anlässlich der Privatisierung bundeseigener Unternehmen in Erscheinung getreten ist. Die in diesen Fällen anerkannte soziale Schutzwürdigkeit bestimmter Gruppen von Aktionären beruht aber auf besonderen gesetzgeberischen Erwägungen (BVerfGE 12, 354 (367 f.)). Sache des Gesetzgebers ist es, wieweit er eine besondere soziale Schutzwürdigkeit des Aktionärs allgemein anerkennen will; das gilt auch für die Kleinaktionäre, die keine sozial klar abgrenzbare Gruppe bilden. Es läßt sich daher nicht feststellen, daß die Mehrheitsumwandlung dem Sozialstaatsprinzip widerspricht."

(1) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, S. 10

(2) BVerfGE 14, 263 ff.

(3) aaO. S. 285 f.

- (f) Sachfremde Bevorzugung des Monopolunternehmens in der Wirtschaftspraxis und damit Betroffensein des Art. 3 I GG

Eine gesellschaftspolitische Funktion erfüllt die Konkurrenz nach Kantzenbach (1) auch durch die Beseitigung leistungsfremder Einkommen, insbesondere von Monopol-, Differential- und Marktlagengewinnen (2). Unter diesem Gesichtspunkt könnte in wirtschaftlicher Konzentration ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 I liegen. Unterschiedliche Unternehmenseinkommen aufgrund des Wettbewerbs am Markt verstoßen nicht gegen Art. 3 I, da sie gewissermaßen eine sachgerechte, erwünschte und dem Prinzip Wettbewerb inhärente Differenzierung darstellen. Das genaue Gegenteil trifft jedoch auf die nicht mehr leistungsgebundenen Vorteile hochkonzentrierter Wirtschaftseinheiten zu (3).

Darüber hinaus fragt es sich, ob nicht erst die leistungsunabhängigen Gewinne des Monopolisten gegen Art. 3 I verstoßen, sondern bereits die Tatsache, daß großen Unternehmen unverhältnismäßig große Macht zufließt, die es ihnen ermöglicht, sich gegenüber Außenseitern durchzusetzen und schließlich leistungsfremde Einkommen zu erzielen (4). Schon hierin könnte eine faktische Beeinträchtigung des Gleichheitssatzes durch die Praxis einer von Konzentration geprägten Volkswirtschaft liegen. Diese Befürchtung beruht auf der Annahme, daß die Gleichordnung der Privatrechtssubjekte das wichtigste Regulativ in der Privatrechtsordnung ist (5), um den Mißbrauch der Freiheit in Gestalt der Freiheitsbeschneidung des jeweils anderen zu verhindern.

- (1) in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, Band I, S. 175
- (2) Vgl. auch Ingo Schmidt, S. 32, der diese ökonomische Wettbewerbsfunktion anknüpfend an Kantzenbach formuliert.
- (3) zum Argument der ungerechten Einkommensverteilung auch Bartling, Wirtschaftliche Macht unter wettbewerbspolitischen Aspekt, S. 112 f.
- (4) so Biedenkopf, BB 56, 473 (478): vgl. auch derselbe, in: Biedenkopf/Callmann/Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, S. 11 ff. (30 ff.)
- (5) Biedenkopf, BB 56, 477

Insoweit ist auch Art. 2 I, wenn er der Persönlichkeitsentfaltung eine Schranke in den Rechten anderer zieht, nichts anderes als die Anwendung des Gleichheitsgedankens (1). Art. 2 stellt die Individuen und ihre Rechte gleich (2). Unternehmenskonzentration führt ebenso wie Kartellbildung (wobei letztere teilweise auch zur Unternehmenskonzentration gerechnet wird) zur Heranbildung wirtschaftlich-sozialer Macht. Damit steht Unternehmenskonzentration im Gegensatz zu der Grundidee der Privatrechtsordnung überhaupt (3), "daß nämlich die freie Handhabung der Rechte des einzelnen eine annähernde Gleichheit der Rechtsträger nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht voraussetzt." (4)

Diese Gleichheit dort, wo sie elementar verletzt ist - in einer "Zentralverwaltungswirtschaft mit privaten Vorzeichen" - , wieder herzustellen, kann somit auch das Ziel von Unternehmensentflechtungen sein.

Auch Art. 3 I ist also Kollisionsnorm extremer wirtschaftlicher Konzentration und kann den Tätigkeitsappell an den Gesetzgeber, diese zu beseitigen, gegebenenfalls verstärken.

(1) Krüger, NJW 55, 201 (203)

(2) ebenda

(3) für die Kartellvereinigung stellt dies Biedenkopf, BB 56, 478, fest; Ritter, BB 68, 1393 (1395), kommt zu dem Schluß, daß die Wirtschaftsform der freien Konkurrenz - sich selbst überlassen - instabil ist; "sie führt zur Akkumulation von Macht und folglich zu einer den Wettbewerb zerstörenden Ungleichheit."; Vgl. dazu auch bereits oben S. 1 und Fn. 3 ebenda.

(4) Biedenkopf aaO.

(g) Beeinträchtigung der Grundrechte von Arbeitnehmern mächtiger Groß- und Größtunternehmen

Endlich bleibt zu untersuchen, inwieweit grundrechtlich abgesicherte Freiheitspositionen der Arbeitnehmer durch einen voranschreitenden Konzentrationsprozeß bedroht sind, mit anderen Worten auf welche Weise Unternehmenskonzentration "die von eigenständigen technischen, wirtschaftlichen und soziologischen Faktoren beherrschte Welt der Industrie" (1) zum Nachteil der Arbeitnehmer verändert. Zunächst ist festzuhalten, daß sich die Freiheit der unselbständigen Berufe gemäß Art. 12 gegen alle Beschränkungen richtet, die den Zugang zum Beruf als solchen oder seine Ausübung verhindern oder erschweren (2).

Konzentration und Grundrechtsbeeinträchtigungen der Arbeitnehmer werden auch unter dem Stichwort "unternehmensinterne Macht" (3) behandelt, während es bei der Frage von Macht und Bedeutung der Groß- und Größtunternehmen im Außenverhältnis mehr um die Beeinträchtigung rein objektiver Verfassungsprinzipien geht (4). Wirtschaftliche Macht, aus der subjektiven Sicht des Arbeitnehmers betrachtet, offenbart zunächst die Gefahr, daß es zu einer faktischen Beeinträchtigung der freien Wahl des Arbeitsplatzes kommt. Denn mit abnehmender Zahl des selbständigen Unternehmens nimmt natürlich auch die Zahl potentieller Arbeitgeber ab. Auf diese Weise wird nicht nur die durch Art. 12 geschützte Freiheit der Arbeitsplatzwahl betroffen, sondern auch dem Arbeitgeber, der auch insoweit Monopolist ist, die Möglichkeit erleichtert, unternehmensintern freiheitsbeschränkende Macht auszuüben.

- (1) Benda, Industrielle Herrschaft, S. 415
- (2) Bachof, in: Die Grundrechte III/1, S. 183; so auch: Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 12 Rnr. 21 m.w.N.; vgl. zum verfassungsrechtlichen Schutz der abhängigen Arbeit auch Kübler/ Schmidt/Simitis, S. 80
- (3) Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 61 f.
- (4) Vgl. dazu unten S.132 ff. unter dd); zu unterscheidenden Arten industrieller Macht vgl. Benda, aaO. S. 17

Dadurch werden schließlich die Belegschaftsangehörigen, die sich ohnehin in wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Unternehmen befinden (1), weiteren Gefährdungen grundrechtlich geschützter Positionen ausgesetzt, möglicherweise "menschenwürdige Arbeit in industrieller Herrschaft" (2) als solche beeinträchtigt.

Andererseits besteht jedoch die Gefahr, daß die Freiheit des Arbeitsplatzwechsels und die konzentrationsbedingte Anhäufung unternehmensinterner Macht in ihrer grundsätzlichen wie in ihrer praktischen Bedeutung leicht überschätzt wird (3) angesichts der Tatsache, daß der betroffene Arbeitnehmer - vor allem in einer konjunkturell angespannten Situation - die Sicherheit des Arbeitsplatzes und die ihm zugutekommenden Sozialleistungen des Betriebes weit höher bewertet, als die Möglichkeit zum problemlosen, jederzeitigen Arbeitsplatzwechsel und die Arbeit in einem kleinen, weniger mächtigen konzernunabhängigen Betrieb. Gerade das Arbeitnehmerinteresse an ausgebauten und wirksamen Sozialleistungen des Betriebes kann zu einem Interesse an der Konzentration in der Wirtschaft werden, denn es ist eine empirisch abgesicherte Tatsache, daß die Sozialleistungen von Großbetrieben gegenüber Kleinbetrieben weit besser ausgebaut sind (4).

Auch ist es äußerst fraglich, ob die Entpersönlichung der Arbeit (Entfremdung) im großen Unternehmen tatsächlich den Ansprüchen einer "humanen Arbeitswelt" (Art. 1) zuwiderläuft. Vielmehr "läßt sich nicht verkennen, daß in der Sicht der überwiegenden Mehrheit der Arbeitnehmer der Großbetrieb gerade deswegen bejaht wird, weil dort eine größere Unabhängigkeit und Freiheit des einzelnen zu bestehen scheint." (5)

(1) Vgl. dazu sehr anschaulich: Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 62

(2) Vgl. dazu die Abschnittsüberschrift in dem (VI.) Kapitel über die "Verwirklichung des sozialstaatlichen Prinzips im industriellen Arbeitsverhältnis" bei Benda, aaO. S. 413 ff.

(3) ähnlich Benda, aaO. S. 509 f., der zu dieser Erkenntnis bereits in einer Zeit der Arbeitskräfteknappheit kam.

(4) Vgl. Passern, FIW Heft 2, S. 135 f.

(5) Benda aaO. S. 423

Unternehmensinterne Machtausübung zugunsten freiheitlicher Rechtssphären der Arbeitnehmer einzudämmen, ist - wie auch die Legitimierung unternehmensexterner Unternehmensmacht (1) - zu allererst Aufgabe des Unternehmensverfassungsrechts. Der "Industriearbeit auch unter den modernen Verhältnissen ... Würde, Sinn und sachliche Bildungs- und Anziehungskraft zu sichern" (2) bleibt in erster Linie die Zwecksetzung des Arbeitsrechtes, das insoweit "konkretisiertes Verfassungsrecht" (3) ist.

Alle diese Probleme der modernen Industriegesellschaft können mit der Entflechtung mächtiger Groß- und Größtunternehmen nicht sinnvoll gelöst werden, auch weil sie eben nicht konzentrations-spezifische Probleme der Wirtschafts- und Arbeitswelt sind.

Es zeigt sich somit, daß es kaum verfassungsrechtlich vorgegebenes Ziel staatlicher Gesetzgebung und Wirtschaftspolitik sein kann, grundrechtlich geschützte Freiheitspositionen der Arbeitnehmer mit Hilfe von Unternehmensentflechtung zu effektuieren und aktualisieren. Wohl nur eine durch Monopolbildungen vollständig deformierte Volkswirtschaft (eben jene "Zentralverwaltungswirtschaft mit privaten Vorzeichen") wäre eine Verfassungswirklichkeit angesichts derer der Gesetzgeber auch durch Grundrechte der Arbeitnehmer aufgerufen sein könnte, für eine Dezentralisierung der Wirtschaft zu sorgen. Entsprechend kommt Zacher (4) zum folgenden Ergebnis: "Die freie Wahl von Beruf und Arbeitsplatz verlangt Schutz nicht nur gegenüber dem Staat sondern auch gegenüber außerstaatlichen sozialen Gewalten. Andererseits ist die private Verfügungsmacht über die Freiheit des Berufs und die freie Wahl des Arbeitsplatzes tragendes Strukturelement der freiheitlichen Wirtschafts- und Arbeitsordnung. Daher kann es der Drittwirkung (5) des Art. 12 nur darum gehen, das Grundrecht dagegen zu schützen, daß es in seinem Wesensgehalt verleugnet oder (und) kraft wirtschaftlicher Machtüberlegenheit beeinträchtigt wird."

(1) s. dazu unten S. 132 ff.

(2) Röpke, Politische Meinung Nr. 78 (1962) S. 46 f.

(3) Leibholz, in: Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, S. 41

(4) Sozialpolitik und Verfassung, S. 1044

(5) Der Terminus Drittwirkung in diesem Zusammenhang ist nach den hier zugrundegelegten methodisch-dogmatischen Prinzipien allerdings unangebracht. Vgl. oben S. 31 ff. und 47 ff.

(3) Das Sozialstaatsprinzip als Tätigkeitsappell
an den Gesetzgeber

Wie oben (1) dargelegt, ist das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I gleichsam der dogmatische Katalysator grundrechtlicher Wertentscheidungen, es konstituiert staatliche Garantie- und Gewährleistungspflichten für die individuelle Grundrechtsausübung. Darüber hinaus bleibt zu prüfen, ob Art. 20 I als objektive Verfassungsgarantie auch materiale Argumente für die Auflösung wirtschaftlicher Konzentration durch Unternehmensentflechtungen, sowie eine damit einhergehende Festlegung einer staatlichen Gestaltungsaufgabe zur Beeinflussung und Steuerung des Wirtschaftsablaufes enthält.

(a) Klassische und neue Felder sozialstaatlicher
Tätigkeiten

Den Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen bildet die Feststellung, daß Unternehmensentflechtungen als Maßnahmen der Wettbewerbs- und in diesem Zusammenhang besonders der Gesellschaftspolitik (unterstellt man einmal die Zugehörigkeit zu beiden dieser staatlichen Tätigkeitsfelder) - herkömmlich nicht als typische Aufgaben gerade des sozialen Staates eingeordnet werden. Diese umfassen beispielweise vielmehr die Leistungsverwaltung, Daseinsvorsorge, Maßnahmegesetze, Pläne und Subventionen (2). Wie man jedoch auch eine aktive und fördernde Mittelstandspolitik (3) zu den neuen Aufgaben des sozialen Staates zählen kann (4), kann auch etwa das Kartellrecht mit seinem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§§ 1 ff. GWB) sowie der Kontrolle von Wettbewerbsregeln (§§ 28 ff. GWB) als "sozialstaatliche Imprägnierung der Wirtschaft" angesehen werden (5)

(1) S. 60 ff.

(2) Schnapp, in: v. Münch, Art. 20, Rnr. 17; Hesse, Verfassungsrecht, § 6 II. 3.; Eine umfassende Darstellung der "klassischen" Felder sozialstaatlicher Wirksamkeit findet sich bei Stern, Staatsrecht, Bd. I, S. 695 bis 698

(3) Vgl. dazu auch bereits oben S. 91 ff. unter (cc)

(4) Stern aaO. S. 701

(5) Stern aaO. S. 700

- (b) Das Sozialstaatsprinzip als Ausdruck eines gewandelten Staatsverständnisses: Ermächtigung und Verpflichtung des Staates zur Gestaltung des sozialen und wirtschaftlichen Lebens

Seine Erklärung findet diese Zuordnung von Staatstätigkeiten zum Sozialstaatsprinzip vor allem in dessen historischer Entwicklung. Die Festschreibung der Sozialstaatlichkeit in den Art. 20 I und 28 I bedeutet zunächst eine Abkehr von dem liberalistischen Staatsverständnis des 19. Jahrhunderts, wonach Versorgung, Schutz und Existenzsicherung aller Bürger im sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Bereich nicht den Staatsaufgaben zugeordnet wurden, sondern den gesellschaftlichen Kräften überlassen blieben. Sie erfolgte vor allem auch als eine Reaktion auf die veränderten Vorgegebenheiten der Verfassungswirklichkeit, die die Idee des modernen Sozialstaats als "Erbgut der industriellen Revolution" (1) hervorbrachte. Dabei blieb jedoch das Grundgesetz erheblich hinter der Weimarer Reichsverfassung zurück, die konkrete Vorstellungen über die Ausgestaltung des Wirtschafts- und Soziallebens verfassungsrechtlich normierte (Art. 151 ff. WRV). Der Grund dafür lag einerseits in der von den Grundgesetzgebern vorgefundenen "undurchsichtigen Situation" (2), die nach der Währungsreform zwar unter dem Zeichen des beginnenden Neuaufbaus aber noch unter der Belastung fortdauernder Besatzungsherrschaft und im Schatten von Demontagen und Reparationen stand (3) und insgesamt als Provisorium empfunden wurde (4), andererseits vor allem auch in den kaum überbrückbaren gegensätzlichen Auffassungen der politischen Gruppierungen über die künftige Ordnung des Wirtschafts- und Gesellschaftslebens (5).

- (1) Wiethölter, in: FS für Böhm (1965), S. 41 ff. (42)
(2) Abgeordneter Dr. Heuß im Parlamentarischen Rat; Vgl. Benda aaO. S. 50
(3) ebenda
(4) Vgl. die Stellungnahme des Abgeordneten Carlo Schmid im Parlamentarischen Rat (Sten. Ber. S. 14); insoweit und der Konsequenz des Verzichts auf eine Kodifizierung des Gedankens einer sozialwirtschaftlichen Ordnung zustimmend: Abgeordneter Dr. Heuß (Sten. Ber. S. 44)
(5) Benda aaO. m.w.N. in Fn. 5; Vgl. dazu auch Noack, Sozialstaatsklausel, S. 121 f.

Insoweit bildete die Sozialstaatsklausel aus genetischer Betrachtung gewissermaßen das "Surrogat für das Beiseitelassen sozialwirtschaftlicher Grundsätze oder sozialer Lebensordnungen" (1). Hieraus erklärt sich die überkommene Zuordnung der o.a. staatlichen Aktivitäten zu den Forderungen des Sozialstaatsprinzips und die Tatsache, daß aus Art. 20 I, 28 I vor allem ein Auftrag an den Gesetzgeber zum Tätigwerden im sozialen und wirtschaftlichen Bereich entnommen werden kann, die Entscheidung über den Inhalt dieses Gestaltungsauftrages jedoch der parlamentarischen Auseinandersetzung vorbehalten sein sollte (2). Festzuhalten bleibt an dieser Stelle, daß das Sozialstaatsprinzip nicht nur eine Ermächtigung des Staates zur sozialen Gestaltung, sondern auch eine Verpflichtung zu seiner Konkretisierung und Effektivierung festschreibt, da die Sozialstaatlichkeit eine verfassungsmäßige Wertentscheidung ist, die alle Bereiche der Rechtsordnung erfaßt (3).

(c) Die materiellen Ziele des Sozialstaatsprinzips

Nunmehr ist zu überprüfen, wie die materialen Ziele des Sozialstaatsprinzips den Gestaltungsauftrag zum Abbau sozialer Ungleichheit (4) auch im Bereich konzentrationskontrollpolitischer Maßnahmen als Bestandteil der dem Staat zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit aufgegebenen Beeinflussung und Steuerung des Wirtschaftsablaufes präzisieren (5). Dabei bereitet es zunächst jedoch Schwierigkeiten, diese materialen Ziele des Sozialstaatsprinzips genau zu bestimmen, da das Grundgesetz selbst keine Normen enthält, aus denen diese ohne weiteres abzuleiten wären.

(1) Weber, Der Staat 4, S. 409 (414)

(2) Benda, Industrielle Herrschaft, S. 50

(3) Stern, Staatsrecht, Band I, S. 710 und 713; Maunz, Staatsrecht, S. 80; Hesse, Verfassungsrecht, S. 86 ff.

(4) BVerfGE 5, 85 (198)

(5) Ähnlich: Liesegang, Die verfassungsrechtliche Ordnung der Wirtschaft, S. 55 m.w.N. in Fn. 229

Die Sozialstaatsklausel ist damit "ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip" (1), enthält eben "kein bestimmtes Verfassungsprogramm für konkrete Forderungen an die künftige Sozialordnung" für "bestimmte Gestaltungen und Entscheidungen" (2). An dieser Stelle besteht nun die Gefahr, daß das Sozialstaatsprinzip in seiner inhaltlichen Offenheit vom jeweiligen Verfassungsinterpreten dazu mißbraucht wird, ein ihm vorschwebendes bestimmtes Ziel aus dem Grundgesetz zu rechtfertigen (3). In diesem Zusammenhang kritisiert Klaus Stern (4), daß die Sozialstaatsklausel heute zur großen Verheißung hochstilisiert wird, die als Rechtfertigung für die verschiedensten Postulate bis zur gesellschaftspolitischen Alternativverfassung und zum Programm des demokratischen Sozialismus dient. Die Grenze zwischen Verfassungsinterpretation und Verfassungspolitik wird hier nur allzu leicht und allzu gern überschritten (5).

(aa) Fortschritt zur sozialen Gerechtigkeit

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes beinhaltet die Idee des sozialen Rechtsstaates die Forderung, nach "Fortschritt zur sozialen Gerechtigkeit" (6). Damit sollen schädliche Auswirkungen schrankenloser Freiheit verhindert und die Gleichheit fortschreitend bis zum vernünftigerweise zu fordernden Maße verwirklicht werden (7).

Daher muß die Wirtschaftspolitik des Staates zu einer Gesellschaftspolitik werden, die die schwächeren Schichten der Bevölkerung schont und schützt.

(1) BVerfGE 6, 198; 10, 370 f.; 17, 23

(2) W. Weber, Parl. Rat, Sten. Ber., S. 256

(3) Weber, Der Staat 4, S. 409 (417 f.)

(4) Staatsrecht, Band I, S. 685

(5) aaO. S. 721

(6) E 5, 85 (198)

(7) aaO. S. 206; Vgl. dazu auch Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 890 ff. ("Gleichheit und Sozialer Rechtsstaat")

Zu diesen gehören auf einem vermachteten Markt alle Teilhaber der Wirtschaftsgemeinschaft, die - gleichgültig ob als Wettbewerber, Kunden, Lieferanten oder Arbeitnehmer - sich der Übermacht der bzw. des marktbeherrschenden Unternehmen(s) gegenübergestellt sehen. Das Prinzip sozialer Gerechtigkeit ist also dann beeinträchtigt, wenn die Wirtschaft mächtige Monopol- und Oligopolunternehmen hervorbringt, denen aufgrund ihrer wirtschaftlichen und gesamtgesellschaftlichen Position nicht mehr leistungsbezogene Vorteile zu Lasten der übrigen Teilhaber der Wirtschaftsgemeinschaft zufallen. Diese durch nicht - staatliche, nämlich wirtschaftlich - gesellschaftliche Entwicklung bewirkte Störung der sozialen Gerechtigkeit kann nur durch staatliche Maßnahmen des sozialen Ausgleichs, der Umverteilung wieder hergestellt werden (1). Daß sich aus dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes für den Staat nicht nur ein legitimes Recht, sondern auch eine verfassungsrechtliche Pflicht zum Eingriff in den Wirtschaftsablauf ergeben kann (2), hat Nipperdey als eines von vier Ordnungselementen, die die soziale Marktwirtschaft charakterisieren, beschrieben (3).

Problematisch ist jedoch, in welcher Weise das Sozialstaatsprinzip über diese Ermächtigung und Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung sozialer Gerechtigkeit hinaus bestimmte inhaltliche Prinzipien festlegt, die etwa bei der Gesetzgebung zu beachten sind.

(bb) Machtintegration in Staat und Gesellschaft

Schwerdtfeger leitet aus dem Sozialstaatsprinzip die staatliche Aufgabe ab, für eine optimale "Integration gesellschaftlicher Macht von 'öffentlicher' Bedeutung in Staat und Gesellschaft zu sorgen."⁽⁴⁾ Dieses Ziel sei untrennbar mit der Forderung nach sozialer Gerechtigkeit verknüpft, gehöre somit zu den realen Vorgegebenheiten des Sozialstaatsprinzips, und da diesen die Sozialstaatsklausel inhaltlich in voller Entsprechung gegenüberstehe, zu seinem normativen Gehalt (5).

(1) Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 161

(2) s. bereits oben S. 116 und Fn. 3 ebenda

(3) Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 19

(4) Mitbestimmung, S. 166

(5) ebenda

Das Sozialstaatsprinzip wendet sich auf diese Weise dagegen, daß die Grundrechte zu Rechten der herrschenden Minderheit werden und dieser helfen, ihre überlegene Sozialmacht voll auszuspielen (1). "Es verbietet (damit) jede Perversion der Freiheitsrechte zu Sicherungen der Unfreiheit durch Vernachlässigung der sozialen Machtverhältnisse." (2) Extreme wirtschaftliche Machtungleichgewichte können dem Ziel der Herbeiführung sozialer Gerechtigkeit abträglich sein und daher mit der Staatszielbestimmung des Art. 20 I, 28 I kollidieren, so daß es durchaus auch als Gesetzgebungsauftrag des Sozialstaatsprinzips angesehen werden kann, die wirtschaftliche Macht von Großunternehmen, deren mißbräuchliche Ausübung im Einzelfall dem Ziel sozialer Gerechtigkeit zuwiderläuft, - letztendlich auch durch Entflechtungsmaßnahmen (3) - zu kontrollieren. Entflechtungseingriffen im staatlichen Instrumentarium vorgelagert müssen jedoch Eingriffsbefugnisse sein, mit denen private Machtstellungen nicht gleich zerschlagen, sondern zunächst Mißbräuche der Macht gehemmt werden (4). Daß Machtzerschlagung gegenüber der Machtkontrolle (etwa durch Mißbrauchsaufsicht) nur als ultima ratio in Betracht kommt, ergibt sich vor allem auch aus dem Übermaßverbot (5).

(1) Stein, Staatsrecht, S. 71

(2) ebenda

(3) Vorrangig sollte das Ziel der Machtintegration nicht durch Zerschlagung der Machtstellungen innerhalb der Gesellschaft zu erreichen versucht werden, sondern mit der Einbindung von (privaten) Machtträgern in die gesamtgesellschaftliche und -staatliche Verantwortung, wozu in erster Linie auch das Unternehmensverfassungsrecht Dienste leisten kann. Vgl. unten S.132 ff. (insbesondere S. 141 ff.)

(4) Daß die Hemmung der Mißbräuche von Macht zum sozialstaatlichen Aufgabenbereich gehört, hat das BVerfG in seinem Urteil über das KPD-Verbot festgestellt (E 5, 85 (198)).

(5) s. dazu unter IV. 2. c) cc), S. 200 ff. (insbesondere 205 f.)

Zu beachten ist bei alledem, daß die Macht, deren optimale Integration das Sozialstaatsprinzip dem Gesetzgeber aufgibt, eine wirtschaftliche Macht ist, die es den großen Unternehmen ermöglicht, den schwächeren Teilhabern der Wirtschaftsgemeinschaft materielle Vorteile und immaterielle Werte (wie etwa umfassenden Freiheitsgebrauch im Bereich wirtschaftlicher Betätigung) zu eigenen Gunsten vorzuenthalten. Die Integrationsfunktion des Staates im Hinblick auf eine mit der wirtschaftlichen möglicherweise auch entstehende politische Macht ist hingegen nicht aus dem Sozialstaatsprinzip ableitbar, sondern findet andere verfassungsrechtliche Prüfungsmaximen (1).

(cc) Freiheits- und Gleichheitssicherung

Letztlich kann die Frage nach den materiellen Zielen des Sozialstaatsprinzips wiederum umfassend nur in Rekurrirung auf andere Verfassungsnormen, insbesondere die Grundrechte, geschehen (2).

Der Sozialstaatsgedanke in Verbindung mit den Grundrechten (insbesondere Art. 1 III und Art. 2 I) macht es dem Gesetzgeber zur Aufgabe, das Recht des Einzelnen zu einer der Würde und Freiheit des Menschen gemäßen Sinnerfüllung seines Daseins in der Gemeinschaft der vergesellschafteten Bedarfsdeckung zu verwirklichen (3). Dazu ist es erforderlich, eine soziale Bindung der Freiheit (4), welche ohne jene zur Machtanhäufung und schließlich unweigerlich zum Machtmißbrauch führen würde, um der Freiheit willen herbeizuführen. So liegt der (durch das Sozialstaatsprinzip aufgegebene) Zweck der Fusionskontrolle (damit auch der von Unternehmensentflechtungen, da beide Maßnahmen der Verhinderung bzw. Beseitigung wirtschaftlicher Konzentration dienen)

(1) Vgl. dazu unten S. 132 ff.

(2) Vgl. dazu oben S. 60 ff.

(3) Ballerstedt, in: Die Grundrechte III/1, S. 54

(4) Vgl. dazu Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 1062 ff.

beispielsweise denn auch im Schutz der wirtschaftspolitischen und gesellschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs (1), mithin letztlich in der Gewährleistung einer möglichst weitgehenden Freiheitsverwirklichung des Einzelnen in der Wirtschaftsgemeinschaft. Es geht darum, ausgewogene Marktstrukturen zu schaffen, durch die einseitige, nicht mehr leistungsbezogene Verhaltensspielräume der Unternehmen verhindert werden (2). Durch allseitige Öffnung der Märkte sollen demgemäß alle künstlichen Marktzutrittsschranken beseitigt werden, die Unternehmenszusammenschlüsse für potentielle Konkurrenten schaffen (3).

Demgegenüber hat die aus dem Sozialstaatsprinzip als Staatszielbestimmung fließende Verpflichtung zur "Vorsorge" und "Zuteilung", etwa zur Gewährleistung eines für die Menschenwürde unabdingbaren "Existenzminimums" als ultima ratio nur untergeordnete Bedeutung (4). Hier wird noch einmal deutlich, daß die Hauptfunktion des Sozialstaatsprinzips im Hinblick auf verfassungsrechtliche Tätigkeitsappelle an den Gesetzgeber die des dogmatischen Katalysators grundrechtlicher Wertentscheidungen (5) ist und weniger darin besteht, den staatlichen Gesetzgeber auf durch das Grundgesetz festgelegte materielle Zielvorstellung zu verpflichten.

- (1) Begr. zum RegE, BT-Drucks. VI/2520, S. 14 ff.;
zustimmend: Ausschußbericht, BT-Drucks. VII/765, S. 7 f.
- (2) BMWi (Verfügung vom 1. August 1977), Die AG 1977, 288 (289);
MK, HauptGA I, Tz. 845 ff.; BKartA (Beschluß vom
17. Dezember 1976), Die AG 1977, 165 (167)
- (3) Emmerich, Kartellrecht, S. 227
- (4) Ballerstedt, in: Die Grundrechte III/1, S. 54
- (5) s. o. S. 60 ff.

(dd) Gefahren einer Begründung von Entflechtungsmaßnahmen aus dem Sozialstaatsprinzip und daraus ableitbare diskretionäre Gesetzgebung im Bereich sozialstaatlich beeinflusster Tätigkeitsfelder

Auf der anderen Seite birgt der Versuch, das Sozialstaatsprinzip durch gesetzgeberische und exekutive Maßnahmen zu verwirklichen, auch zahlreiche Gefahren. So konstatiert Badura (1) im Hinblick auf einen mehr und mehr um sich greifenden sozialstaatlichen Interventionismus die "Schwächung des Leistungsprinzips, ... , die oft sorglosen Unterschätzungen und Diffamierungen unternehmerischen Handelns und schließlich die oft leichtthändige Zurückdrängung der Funktionsbedingungen der Marktwirtschaft." Diese Klage, mag sie auch vor allem angesichts sozialstaatlicher Tätigkeit im Bereich der Zuteilung und Gewährung (etwa Subventionen) ausgesprochen werden, kann ihre Berechtigung bei allen - möglicherweise sozialstaatlich geforderten - Staatsaufgaben haben, die Eingriffe in von gesellschaftlichen Kräften auszufüllende Funktionsbereiche nachsichziehen.

Um einer solchen Entwicklung vorzubeugen und vielleicht sogar eingetretene Fehlentwicklungen zu korrigieren, ist stets im Auge zu behalten, "daß der Staat für eine solche (d.i. freiheitlich-soziale und gerechte) Ordnung des Gesellschafts- und Wirtschaftslebens nur den rechtlich organisatorischen Rahmen schaffen kann, im übrigen aber darauf vertrauen muß, daß die Rechtsgenossen selbst diesen Rahmen mit Leben erfüllen" (2). Diese Erkenntnis, die ihren Niederschlag vor allem in dem von der katholischen Soziallehre geprägten Subsidiaritätsprinzip findet, würde bei der Bekämpfung von Konzentration in der Wirtschaft um so mehr Berechtigung haben, würden "Monopolrenten wehtun und das Dasein im Wettbewerb Glücksgefühle erzeugen" (3). Da jedoch das Gegenteil der Fall ist, können autonome Wettbewerbsbeschränkungen durch beschleunigt voranschreitende Konzentrationsprozesse letztlich wohl nur durch staatlichen Interventionismus beseitigt werden.

(1) in: FIW, Heft 93, S. 77

(2) Ballerstedt, in: Die Grundrechte III/1, S. 55

(3) Böhm, in: Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, S. 213 (215 f.)

Somit kann auch das Sozialstaatsprinzip als objektive Verfassungsnorm dem staatlichen Gesetzgeber einen Gesetzgebungsauftrag im Sinne eines Tätigkeitsappells, wenn auch wohl nicht zur Unternehmensentflechtung, so doch - allgemeiner - zur Beseitigung von Konzentration in der Wirtschaft geben. Diese Einschränkung muß gemacht werden, denn "Art. 20 I GG bestimmt nur das 'Was', das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er läßt aber für das 'Wie', d.h. für die Erreichung dieses Ziels alle Wege offen" (1). Wann, angesichts welcher Verfassungswirklichkeit dieser Appell erhoben wird, kann, wie bereits betont, nicht von vornherein festgelegt werden. Er ergeht - abstrakt gesprochen - jedenfalls dann, wenn eine Vermachtung in weiten Bereichen der Wirtschaft eine der Würde und der (Wirtschafts-) Freiheit des Individuums angemessene Grundrechtsverwirklichung nicht mehr möglich macht, wenn also - um mit Thiele (2) zu sprechen - eine "Zentralverwaltungswirtschaft mit quasi umgekehrtem, d.h. privaten Vorzeichen" entstanden ist. Dort besteht sicherlich jene Not, deren Beseitigung Ziel des Sozialstaatsprinzips ist. Festzuhalten bleibt aber, daß eine sozialstaatlich gebotene Unternehmensentflechtung nur in äußerst extremen Fällen wirtschaftlicher Konzentration, die zu echten vor allem aber auch materiell spürbaren Notlagen und extremen sozialen Ungerechtigkeiten führt, angenommen werden kann. Aber diese Notlagen können auch immaterieller Art sein. Letzteres kann bestehen z.B. in der Abhängigkeit der Menschen in Angelegenheiten ihrer Bedarfsversorgung, ihres Einkommens und ihrer beruflichen Beschäftigung von der Willkür eines Teils ihrer Mitmenschen oder in einer im wirtschaftlichen Alltag bestehenden Realität der Beugung dem Machtwillen von Privatpersonen, Privatgesellschaften und Privatverbänden (3). Wenn es beispielsweise darum geht, die Ausnützung der Arbeitskraft zu unwürdigen Bedingungen und zu unzulänglichem Lohn zu unterbinden und erträgliche Lebensbedingungen herzustellen, kann es mit dem Bundesverfassungsgericht (4) als sozialstaatliche Aufgabe angesehen werden, hierfür etwa durch geeignete gesetzgeberische Maßnahmen Sorge zu tragen.

(1) BVerfGE 22, 180 (204)

(2) JR 1977, 144 (146)

(3) Böhm, SJZ 1946, 141

(4) E 5, 85 (206)

Es wird aber zu berücksichtigen sein, daß sich hier innerhalb des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 I als "alle Staatsgewalten bindende Staatsleitlinie" (1) ein besonderer Zielkonflikt anbahnt: denn sieht man eine allgemeine Wachstumsvorsorge als eine vom Sozialstaatsprinzip postulierte Staatsaufgabe (2), die "eine erweiterte Verantwortlichkeit des Staates für das wirtschaftliche Gedeihen" (3) beinhaltet, kann eine mit Unternehmensentflechtungen möglicherweise einhergehende Verringerung der Leistungsfähigkeit der Wirtschaft bzw. einzelner betroffener Wirtschaftszweige die Wahrnehmung eben dieser Staatsaufgabe erschweren (4). Daß Konzentration grundsätzlich geeignet sein kann, das gesamtwirtschaftliche Wachstum auch zu fördern, wird nirgendwo ernsthaft bestritten und belegt gerade die Komplexität der Konzentrationswirkungen (5). Mit dem Schlagwort "economies of scale" wird diese positive, den technischen Fortschritt und das wirtschaftliche Wachstum fördernde Seite des Unternehmenswachstums beschrieben (6), die auf ein ganzes Bündel unterschiedlicher Ursachen zurückgeführt werden muß (7).

- (1) Vgl. zu dieser Terminologie: Herzog, in: M/D/H/Sch, Art. 20 (VIII), Rnr. 6
- (2) aaO. Rnr. 14 im Anschluß an Ipsen, VVDStRL 24, 222; ebenso: Scholz, in: Duwendag, Staatssektor, S. 113 (114)
- (3) Stern, Staatsrecht, Band I, S. 703, folgert dies aus der Sozialstaatsklausel i.V.m. Art. 109 II - IV, Art. 88 und Art. 72 II Nr.
- (4) Einen ähnlich gelagerten Zielkonflikt deckt Schwerdtfeger (Mitbestimmung, S. 160 und 166 f.) auf, welcher sich ergebe, wenn man die Einführung der qualifizierten Mitbestimmung als staatliche Maßnahme der Daseins- und Wachstumsvorsorge, somit als eine Zielbestimmung des Sozialstaatsprinzips, betrachtet.
- (5) Scholz, Konzentrationskontrolle, S. 5; Immenga, in: FS für Böhm (1975), S. 255 m.w.N. in Fn. 6; Böhm, in: Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, S. 213 f.; Pawlowsky, in: Notwendigkeit und Gefahr der wirtschaftlichen Konzentration, S. 221 ff.; zur "Zwiespältigkeit" der wirtschafts- und sozialpolitischen (mithin auch verfassungsrechtlichen) Beurteilung des Konzerns: BVerfGE 14, 263 (280 f.)
- (6) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 7 m.w.N. in Fn. 16
- (7) Vgl. aaO.

Da nun das Florieren der Wirtschaft lebenswichtige Voraussetzungen (*conditio sine qua non*) für das Betreiben einer der Erfordernissen des Art. 20 I genügenden Sozialpolitik - verstanden als Daseinsvorsorge - ist, muß dieser Zusammenhang stets und insbesondere dann strenge Beachtung finden, wenn Unternehmensentflechtungen zur Konsequenz aus der "Staatsleitlinie Sozialstaatsprinzip" gemacht werden. Nicht zuletzt auch die Bewältigung dieses Zielkonflikts (1) verdeutlicht, daß der Zeitpunkt, in dem der Art. 20 I einen Tätigkeitsappell an den Gesetzgeber im Hinblick auf Unternehmensentflechtungen richten kann, allenfalls ein sehr später in einem voranschreitenden Konzentrationsprozeß sein kann. Dies dürfte auch der gebotenen restriktiven Auslegung des Sozialstaatsprinzips (2) entsprechen.

Bei der Ableitung konzentrationskontrollpolitischer Maßnahmen als Aufgabe einer gerechten Sozialgestaltung aus Art. 20 I, 28 I dürfte äußerste Zurückhaltung geboten sein. Vor allem aber reicht der gegenwärtig erreichte Konzentrationsstand in der Bundesrepublik Deutschland bei weitem nicht aus, um aus dem Sozialstaatsprinzip einen Tätigkeitsappell der Verfassung an den Gesetzgeber zu folgern, diesen status quo durch Unternehmensentflechtungsmaßnahmen zu ändern. Im übrigen muß es auch angesichts des oben dargestellten Zielkonflikts im Bereich der Sozialstaatsklausel dem Gesetzgeber letzten Endes überlassen bleiben, sich zwischen verschiedenen Möglichkeiten zur Erreichung des Staatszieles einer gerechten sozialen Ordnung zu entscheiden. (3)

- (1) Diesen wirtschafts-(sozial-)politischen Zielkonflikt hebt auch Kantzenbach, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, S. 159 (170 f.), hervor, ohne ihn allerdings ausdrücklich im Bereich des Sozialstaatsprinzips anzusiedeln.
- (2) Herzog, in: M/D/H/Sch, Art. 20 (VIII), Rnr. 6
- (3) Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 169; Zu einem strukturell gleichen Ergebnis kommt Stein (Vermögenspolitik und Grundrechte, S. 36) für die Frage, ob das Grundgesetz zur Verhinderung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht vermögenspolitische Maßnahmen vorschreibt.

Dies ergibt sich auch aus der Erkenntnis, daß eine Verfassungsnorm nicht exakte, bestimmte inhaltliche Ziele festlegen kann, wenn diese Ziele durch die wissenschaftliche, technische und industrielle Entwicklung, die damit einhergehende Spezialisierung und Arbeitsteilung und die dadurch bedingte wachsende Verflechtung und den rascheren Wandel der Lebensverhältnisse ständig neu gesteckt werden (1).

So gesehen kann ein konkretes verfassungsrechtliches Gebot zur Einführung von Regelungen zur Unternehmensentflechtung aufgrund der Sozialstaatsklausel - zumindest gegenwärtig - nicht angenommen werden.

(1) Vgl. Liesegang, Die Verfassungsrechtliche Ordnung der Wirtschaft, S. 43 m.w.N. in Fn. 168 und bereits oben unter (3), S. 55 ff.

cc) Gesetzgebungsauftrag zur Entflechtung von
Unternehmen aus der Kompetenznorm des
Art. 74 Nr. 16 GG

Art. 74 Nr. 16 ordnet den Gegenstand der Verhütung des Miß-
brauchs wirtschaftlicher Machtstellung der konkurrierenden
Gesetzgebung zu. Aus dieser Kompetenznorm mit möglicherweise
materiellem Gehalt könnte sich ebenso wie aus den materiellen
Verfassungsbestimmungen der Art. 2 I, 9 I i.V.m. 12 I, 14 I
und 20 I, 28 I ein Gesetzgebungsauftrag ergeben, eine durch
eine immer weiter vorangetriebene Unternehmenskonzentration
denaturierte Wirtschaft durch Entflechtungsmaßnahmen von
Machtstellungen großer Unternehmen zu befreien.

Nach herrschender Meinung beschränken sich die sogenannten
Zuständigkeitsnormen nicht darauf, allein dieses zu sein (1).
So hat auch das Bundesverfassungsgericht mehrfach bestätigt,
daß ihnen im Einzelfall materielle Gehalte zukommen können (2).

- (1) Vgl. Bleckmann, Zum materiellrechtlichen Gehalt der
Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes, DöV 1983,
S. 129 ff.
- (2) So BVerfGE 12, 45 (50), wo in Art. 73 Nr. 1 das Prinzip
der allgemeinen Wehrpflicht als verankert angesehen wird;
ebenso BVerfG NJW 1970, 1729 (1730): Art. 73 Nr. 1 als
"verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die militä-
rische Verteidigung"; BVerfGE 14, 105 (111), wo aus Art.
105 I, 106 I und 108 I eine grundgesetzliche Anerkennung
von Finanzmonopolen als eine besondere Form der Erhebung
von Abgaben gefolgert wird; zustimmend: Scholz, Koalitions-
freiheit, S. 7 Fn. 44, der aus Art. 74 Nr. 12 ein Bekennt-
nis zur Betriebsverfassung als Grundlage einer innerbe-
trieblichen Mitbestimmung ableitet; zuletzt BVerfG,
DöV 1982, S. 982 (986) in seinem Urteil über die Verfassungs-
widrigkeit des Staatshaftungsgesetzes: "Im Kompetenzrecht
mag zwar im Einzelfall eine materiale Entscheidung zum Aus-
druck kommen; materiale Entscheidungen als solche vermögen
jedoch regelmäßig keine Kompetenz zu begründen."

In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Entscheidung über die verfassungsrechtliche Relevanz von atomrechtlichen Verfahrensvorschriften einschlägig (1). In dem Beschluß vom 20.12.1979 hat das Bundesverfassungsgericht judiziert, daß das Grundgesetz in Art. 74 Nr. 11a nicht nur eine Bundeskompetenz für die Regelung der Erzeugung und Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken verankert, sondern daß damit die Entscheidung der Verfassung gefallen ist, daß die Erzeugung und Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken grundsätzlich nicht gegen das Grundgesetz, insbesondere nicht gegen Art. 2 II, verstößt (2). Das Bundesverfassungsgericht bestätigt mit dieser Entscheidung, "daß auch aus Kompetenzvorschriften der Verfassung eine grundsätzliche Anerkennung und Billigung des darin behandelten Gegenstandes durch die Verfassung selbst folgt und daß dessen Verfassungsmäßigkeit nicht aufgrund anderer Verfassungsbestimmungen grundsätzlich in Frage gestellt werden könnte." (3)

Weiter führt das Bundesverfassungsgericht aus: "Kraft dieser Kompetenzzuweisung (sc. Art. 74 Nr. 11a) ist vielmehr - wie bereits der 2. Senat des BVerfG in der Kalkar-Entscheidung in anderem Zusammenhang dargelegt hat (BVerfGE 49, 89 (127 ff.) = NJW 1979, 359) - zur Grundsatzentscheidung für oder gegen die friedliche Nutzung der Kernenergie allein der Gesetzgeber berufen; auch in einer notwendigerweise mit Ungewißheit belasteten Situation liege es zuvörderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für geboten erachteten Entscheidungen zu treffen. ... Die verfassungsrechtliche Nachprüfung beschränkt sich daher von vornherein auf die Frage, ob die der angegriffenen Entscheidung zugrunde liegende normative Regelung verfassungsmäßig ist und ob insbesondere diese Regelung in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise angewendet worden ist." (4)

(1) BVerfGE 53, 30 ff. = NJW 1980, S. 759 ff.

(2) aaO. S. 56 f.; zustimmend Bleckmann, DöV 1983, S. 129 (130)

(3) aaO. S. 56 = NJW 1980, S. 761 lke. Sp. unten

(4) aaO. S. 56 f. = NJW 1980, S. 759 (761)

Der Kompetenznorm des Art. 74 Nr. 11a ist danach in materiel-
ler Hinsicht dreierlei zu entnehmen: Zum einen eine grundsätz-
lich bejahende Stellungnahme zur friedlichen Nutzung der
Kernenergie und zum anderen die Beschränkung des Umfangs der
verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit eines in Wahrnehmung
des Art. 74 Nr. 11a verabschiedeten Gesetzes. Weiterhin im-
pliziert die Zuweisung einer Gesetzgebungskompetenz, daß die
zu treffende Entscheidung zuvörderst politisch von Regierung
und Gesetzgeber verantwortet werden muß, ohne daß dies in
vollem Umfang vom Bundesverfassungsgericht nachprüfbar wäre.

Dem folgend kann man Art. 74 Nr. 16 zunächst ein verfassungs-
rechtliches Unwerturteil über den Mißbrauch wirtschaftlicher
Machtstellung entnehmen (1), wohl nicht jedoch die prinzipi-
elle und automatische Mißbilligung der marktbeherrschenden
Stellung selbst (2). Daß Art. 74 Nr. 16 neben der formalen
Kompetenznorm auch eine materiale Wertentscheidung enthält,
kann auch daraus geschlossen werden, daß es angesichts der
sehr weiten wirtschaftsrechtlichen Gesetzgebungskompetenz
aus Art. 74 Nr. 11 anderenfalls der gesonderten Ausführung
jener Kompetenznorm in Art. 74 Nr. 16 nicht bedurft hätte
(3). Damit ist jedoch noch nicht festgestellt, daß die so
verstandene Kompetenznorm über die bloße Ermächtigung des
Gesetzgebers hinausgeht und einen verbindlichen Verfassungs-
auftrag im Sinne einer Rechtspflicht erteilt (4).

- (1) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 21; ähnlich:
Scheuner, VVDStRL 11, 23 f.; ders., VVDStRL 20, 126;
von Pestalozza, Der Staat 1963, S. 439
- (2) Scheuner, VVDStRL 11, 25; Selmer, Unternehmensentflech-
tung und Grundgesetz, S. 62; Lerche/Degenhart, Verfas-
sungsfragen der Mißbrauchsaufsicht, S. 15
- (3) Scholz aaO.
- (4) insoweit strikt ablehnend: Scholz, Koalitionsfreiheit,
S. 8 Fn. 45; Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 190;
Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 70 Rnr. 2 (Vorbearbeitung);
speziell zum Unternehmensentflechtungsgebot aus Art. 74
Nr. 16: Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz,
S. 49; vgl. auch BVerfGE 50, 290 (349);

So kommt beispielsweise Stober (1) für den Sachbereich des Tierschutzes zu dem Ergebnis, daß aus der Kompetenznorm des Art. 74 Nr. 20 kein Verfassungsauftrag zu einem bestimmten Tätigwerden etwa zum Schutze der Legehennen in Käfigen abgeleitet werden könne, wie sich aus einem Vergleich mit Art. 6 V ergebe, der ausdrücklich einen konkreten Verfassungsauftrag enthalte.

Aus Art. 74 Nr. 16 muß jedoch ein Verfassungsauftrag - wenn gleich nicht im Sinne einer verbindlichen, insbesondere justitiablen Direktive, sondern als Tätigkeitsappell des Verfassungsgebers an den Gesetzgeber (2) - in dem Zeitpunkt ableitbar sein, wo er auch aufgrund grundrechtlicher Freiheitsverbürgungen (3) und des Sozialstaatsprinzips (4) ergehen kann (5). Dies folgt der Erkenntnis, daß "gesetzgeberische Passivität ... evident verfassungswidrig sein (kann), z.B. (eben) im Fall des Art. 74 Nr. 16" (6) und methodisch aus der systematischen Verfassungsinterpretation, die hier das Zusammenspiel der grundrechtlich abgesicherten wirtschaftlichen Freiheitsrechte und des Sozialstaatsprinzips mit der Kompetenznorm des Art. 74 Nr. 16 betont und mit Hilfe des Grundsatzes der Einheit der Verfassung aus Art. 74 Nr. 16 mehr entnimmt als lediglich eine Ermächtigung zur Gesetzgebung (7).

- (1) Rechtsfragen zur Massentierhaltung, S. 48 und 49
- (2) So sieht etwa Bull (Staatsaufgaben, S. 250) in einzelnen Verfassungs-(kompetenz-)bestimmungen (Art. 109; 104 a IV; 73 Nr. 4, 5; 74 Nr. 11 a, 15, 16-18, 19 a, 21-23) die Förderung des Florierens der Wirtschaft als verfassungsrechtlich geforderte Aufgabe.
- (3) s. o. S. 73 ff.
- (4) s. o. S. 114 ff.
- (5) Vgl. dazu auch unter sub IV. 3., S. 222 ff.
- (6) Lerche, AöR 90 (1965), 341 (351); Denner, Die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung, S. 119 ff. (134 - 136)
- (7) Denner aaO. S. 121 f.

Gesetzgeberische Aktivität in Wahrnehmung der Ermächtigung aus Art. 74 Nr. 16 zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung kann sich dabei in der Schaffung höchst unterschiedlicher Kontrollmechanismen verwirklichen, unter denen die Unternehmensentflechtung lediglich als ultima ratio in Betracht kommt (1). Hierin bestätigt sich die Zurückhaltung, die geboten ist, wenn aus Verfassungsbestimmungen ein Gesetzgebungsauftrag zur Unternehmensentflechtung gefolgert werden soll (2). Dies gilt insbesondere, wenn die Kompetenznorm ein so allgemeines Gebiet wie die "Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung" bezeichnet. Nach Art. 74 Nr. 16 erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung eben nicht auf "das Gebiet des Rechts der Unternehmensentflechtungen". Deshalb ist Art. 74 Nr. 16 für die Frage der Unternehmensentflechtung weniger aussagekräftig als beispielsweise Art. 74 Nr. 11a für die Frage des Baues von Atomkraftwerken.

Jedenfalls aber kann Art. 74 Nr. 16 ein "mittelbarer Verfassungsbeleg" dafür sein, daß es die Sozialentscheidung des Grundgesetzes auf jeden Fall erlaubt, zugunsten der abhängigen Partner unsoziales Verhalten seitens marktbeherrschender Unternehmen abzuwehren (3). Und zwar ist die Verhinderung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung danach dem Bund offensichtlich selbst dann erlaubt, wenn ein Eingriff in Art. 12 und 14 vorliegt, der nach den allgemeinen Regeln verfassungswidrig wäre (4).

(1) Schon aus Gründen des Übermaßverbotes unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit (Fehlen eines milderen Mittels) ergibt sich die Subsidiarität der Entflechtung gegenüber anderen konzentrationskontrollpolitischen Maßnahmen (s. u. 2. Fragestellung, c) cc) S. 200 ff.)

(2) s. auch oben S. 55 ff.

(3) Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 2 I, Rnr. 58

(4) Bleckmann, DöV 1983, S. 129 (130); Vgl. auch Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 74 Rnr. 93

dd) Das Macht-/Entmachtungsargument im Hinblick auf das Freiheits- und Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Beeinträchtigung einer funktionstüchtigen parlamentarischen Demokratie durch wirtschaftlich und mithin politisch mächtige Unternehmen)

Stand bisher das verfassungsrechtliche Gebotensein von Unternehmensentflechtungen bzw. die Kollision der durch wirtschaftliche Konzentration geschaffenen Verfassungswirklichkeit mit der Verfassung in erster Linie unter dem Blickwinkel wettbewerbspolitischer Postulate des Grundgesetzes im Mittelpunkt der Betrachtung, so können die beiden folgenden Gesichtspunkte (1) - wie auch bereits derjenige einer Kollision wirtschaftlicher Konzentration mit Art. 14 I (2) - nur für eine Unternehmensentflechtung (auch) aus gesellschaftspolitischer Motivation (3) Berücksichtigung finden.

Zu Beginn der folgenden Überlegungen steht die Hypothese, daß großen Unternehmen über die wirtschaftliche Macht auch politische Macht zufließt (4), die wie diejenige der Verbände (5) im Grundgesetz keine Legitimation findet und damit letztlich in Widerspruch zur verfassungsmäßigen Ordnung treten kann (6).

- (1) unter dd) und ee), S. 144 ff.
- (2) s. o. S. 65 ff. unter (5) und S. 104 ff. unter (e)
- (3) s. o. unter I., S. 5
- (4) Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 62 ff.; Emmerich-Sonnenschein, Konzernrecht, S. 10; Kantzenbach, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Band, S. 159 (174); MK, HauptGA III, Tz. 670; vgl. auch Weis, Wirtschaftsunternehmen und Demokratie, S. 181 ff. (189 ff.); aa: Mittelsten-Scheid aaO. Tz. 67
- (5) Vgl. dazu: von Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen; Biedenkopf, in: FS für K. Ballerstedt, S. 13 ff.; Schneider, in: FS für Fechner, S. 25 ff.; G. Teubner, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung; Wertenbruch, in: Gedächtnisschrift für H. Peters, S. 614 f.
- (6) zu den Wirkungen der Konzentration auf die Demokratie: Kogon, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 2. Bd., S. 591 ff.

Vor dieser Hypothese, die sogleich zu verifizieren sein wird (1), erhebt sich die Forderung nach "Entmachtung" von Großunternehmen.

Die Frage nach Macht und Entmachtung von Großunternehmen, die in der Mitbestimmungsdiskussion den zentralen Ansatz gebildet hat (2), spielt so auch im Rahmen der Forderung nach Konzentrationsbekämpfung durch Unternehmensentflechtung eine Rolle (3), wenngleich mit anderen Voraussetzungen und Konsequenzen.

Unternehmensinterne Macht (4) bietet vor allem einen Argumentationsansatz für die Um- und Neugestaltung der Unternehmensverfassung (etwa im Hinblick auf erweiterte Mitbestimmungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer) (5). Macht und Bedeutung der Großunternehmen im Außenverhältnis zu Allgemeinheit und Staat (6) dagegen kann die Forderung nach Unternehmensentflechtung zur Schaffung kleiner, weniger mächtiger Einheiten verstärken.

Unterschiedlich sind auch die Konsequenzen, die aus dem Macht- und Entmachtungsargument für das Unternehmensverfassungsrecht einerseits und für das Recht der Konzentrationskontrolle durch Entflechtung andererseits gezogen werden:

- (1) Dabei bleibt die besondere Problematik der Pressekonzentration, die ganz spezifische politische und verfassungsrechtliche Auswirkungen (Art. 5) hat, außer Betracht. Vgl. hierzu etwa: Dittrich, Pressekonzentration und Grundgesetz; Kunert, Pressekonzentration und Verfassungsrecht
- (2) Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 61 m.w.N. in Fn. 42
- (3) Vgl. etwa: Schulte-Braucks, S. 261 f.; Böhm, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Band I, S. 1 (21); Mestmäcker, in: FS für Böhm (1975), S. 383 (414); MK, HauptGA III, Tz. 702 ff.; Anklänge bereits bei Krüger, Staatslehre, S. 412 Fn. 23
- (4) Vgl. Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 61 f.
- (5) Vgl. dazu auch bereits oben S. 111 ff. unter (g)
- (6) Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 62 ff.

Während in jenem Zusammenhang teilweise argumentiert wurde, die bei Großunternehmen sich zusammenballende gesellschaftliche Macht müsse der staatlichen Macht gleichgestellt werden, mit der Folge, daß über diese strukturelle Homogenität von gesellschaftlicher (Unternehmens-) und staatlicher Macht, auch erstere gemäß Art. 20 I, 28 I (analog) der demokratischen Legitimation durch Mitbestimmung bedarf (1), da sie den mächtigen Unternehmen einen öffentlichen Status verleihe (2), es also um die Demokratie im Wirtschaftsunternehmen ging, geht es hier um die Frage, ob es Unternehmen mit einem - noch zu qualifizierenden - Machtpotential nach unserer Verfassung nicht geben darf, ob also mit anderen Worten das im Grundgesetz niedergelegte Demokratieprinzip (Art. 20 I, 20 II, 28 I, 38 betreffend das aktive Wahlrecht 18, 21 II Satz 1, 91 betreffend die freiheitlich-demokratische Grundordnung) die Beseitigung verfassungsrechtlich nicht legitimierbarer Macht durch Unternehmensentflechtung erfordert.

So wird argumentiert, das Demokratieprinzip erfordere eine relativ weite Streuung wirtschaftlicher (und damit letztlich eben auch politischer) Macht (3), um das Prinzip der "checks and balances" auch im Bereich der Wirtschaft durchzusetzen (4). Eine sehr weit fortgeschrittene Unternehmenskonzentration könne zu einer Unvereinbarkeit dieses Zustandes der Verfassungswirklichkeit mit einer funktionstüchtigen parlamentarischen Demokratie führen, denn sie gefährde Freiheit und Unabhängigkeit der Staatsgewalt (5).

- (1) Rosenberg, Vorwort zu Weis, Wirtschaftsunternehmen und Demokratie, S. 7; Willy Brandt, Die neue Gesellschaft, Sonderheft 1969, S. 3 ff.; Ramm, Arbeitskampf, S. 134
- (2) Krüger, Staatslehre, S. 522 Fn. 54
- (3) BVerfGE 12, 354 (355 f.); 14, 263 (285 f.); 50, 290 (344); in diesem Sinne auch Helmut Hausmann (MdB/FDP), WuW 1979, 369
- (4) Rupp, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 187 (207)
- (5) Mestmäcker, in: FS für Böhm (1975), S. 414

(1) Direkte Ausübung politischer Macht durch
große Unternehmen

Wie diese Gefährdung im einzelnen aussehen kann, soll nunmehr dargestellt werden: Unternehmerische Entscheidungen, insbesondere solche von Großunternehmen haben allein aufgrund der Unternehmensgröße, der Zahl der Beschäftigten (1), der Höhe des eingesetzten Kapitals und des Investitionsverhaltens gesamtwirtschaftlich erhebliche Auswirkungen (2). Unternehmenskrisen, zumal wenn sie sich häufen, können somit leicht zu Staats- und Gesellschaftskrisen werden (3). Die politisch Verantwortlichen müssen daher ein vitales Interesse (4) an den Entscheidungen von Großunternehmen haben. Von ihnen erwarten sie nicht nur eine einzelwirtschaftliche Sicht, sondern eine gesamtwirtschaftliche Verantwortung (5). Damit entsteht jedoch eine gewisse Abhängigkeit des Staates von einzelnen Großunternehmen; denn durch Art und Ausmaß der Kooperationsbereitschaft können diese Unternehmen die staatliche Wirtschaftspolitik (mit-)bestimmen.

Gerade in dieser Art der Machtausübung zeigt sich in einem marktwirtschaftlich-pluralistischen System die Machtproblematik großer Unternehmen besonders typisch (6). Mit dem notwendigerweise bestehenden Interesse des Staates am Florieren der Wirtschaft, mithin am Wohlergehen der einzelnen, vor allem Groß- und Großunternehmen, erweitert sich auch der Kreis seiner Aufgaben:

- (1) so beschäftigten 1978 die 100 größten inländischen Unternehmen in ihren Konzerngesellschaften 3,2 Mio. Arbeitnehmer. Vgl. MK, HauptGA III, Tz. 53
- (2) MK, HauptGA III, Tz. 670; ähnlich bereits Krüger, Staatslehre, S. 412 unten
- (3) Krüger, Staatslehre, S. 413
- (4) Krüger, aaO., spricht von der Lebenswichtigkeit von Wirtschaft und größeren Unternehmen für jeden Staat.
- (5) MK, HauptGA III, Tz. 670; Boettcher, Hax, Kunze, von Nell-Breuning, Ortlieb, Preller, S. 26 ff.; Steinmann, Das Großunternehmen im Interessenkonflikt, S. 223 ff.
- (6) Reh binder, ZHR 137 (1973), 529

Um umfassende soziale Sicherheit, wachsenden Wohlstand und gesellschaftlichen Fortschritt zu gewährleisten, muß er eine Erhaltungsfunktion für den wirtschaftlichen Prozeß und Progress übernehmen (1). Diese Ausdehnung der Staatstätigkeit im gesellschaftlich-wirtschaftlichen Raum erweitert aber gerade nicht nur, wie vielleicht prima vista zu vermuten wäre, den staatlichen Funktionsbereich auf Kosten der Hervorbringung sozialer Fortschritts durch Freiheitsgebrauch in Wirtschaft und Gesellschaft. Vielmehr wird auch auf diese Weise die Abhängigkeit des Staates von der Wirtschaft, insbesondere von den Groß- und Größtunternehmen verstärkt, wachsen letzteren schließlich politische Machtpositionen zu. Dieses Phänomen skizziert auch Böckenförde in seinem Aufsatz über "Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart" (2): "Die hier angedeutete Entwicklung könnte die Vorstellung vom Moloch Staat entstehen lassen, der Wirtschaft und Gesellschaft zunehmend in sich einbezieht und beherrscht. Es ist jedoch für die gegenwärtige Identifikation Staat und Wirtschaft kennzeichnend, daß der Staat in eine Dienstfunktion gegenüber dem industriell-wirtschaftlichen Prozeß gerät. Es wächst zwar die Weite seiner Aufgaben, aber in gleichem Maße wächst die Schwäche seiner eigenen Entscheidungsmacht. Bei seiner Regulierungs- und Steuerungsfunktion ist er nicht in der Position des 'höheren Dritten', der selbst die Zügel in der Hand hält, sondern Träger einer Komplementärfunktion für den industriell-wirtschaftlichen Prozeß. Er setzt nicht seinerseits die für die Entwicklung und Regulierung des wirtschaftlichen Prozesses maßgeblichen Daten, sondern handelt re-aktiv auf die aus dem wirtschaftlichen Prozeß ihm gegenüber autonom sich ergebenden Daten und Tendenzen. Subjekt des sogenannten globalen Steuerungsprozesses ist nicht der Staat, sondern der industriell-wirtschaftliche Prozeß selbst; der Staat ist ihm gegenüber 'Erfüllungshilfe', leistet die 'Ausfallbürgschaften', um sein immanentes, auf Wachstum, Produktivität und Ertrag ausgerichtete Funktionieren zu gewährleisten."

(1) Böckenförde, in: Festgabe für Wolfgang Hefermehl, S. 11(27)

(2) aaO. S. 28

Aber noch in anderer Weise kann sich das Großunternehmen gegenüber dem staatlichen Hoheitsbereich als Machtgebilde bemerkbar machen: So macht Krüger (1) die bemerkenswerte Beobachtung, daß große Unternehmen aus eigener Kraft und auf eigene Faust Außenpolitik betreiben. Insbesondere aber besitzen Unternehmen mit beträchtlichem Exportvolumen einen nicht zu unterschätzenden Einfluß auf die staatliche Außenpolitik, da "ein auf Außenpolitik angewiesener Staat gezwungen (ist), vor allem wirtschaftliche Mittel einzusetzen, um sich denjenigen Einfluß auf den Gang der Weltgegebenheiten zu verschaffen, der von seiner Sicherheit gefordert wird" (2). Daß durch Konzentrationsentwicklungen auch Macht dieser Art entstehen kann, deuten die Untersuchungen der Monopolkommission an: Danach beträgt der Anteil der Exporte am Gesamtumsatz der 100 größten Unternehmen 28,8 %, womit der Beitrag zum Gesamtexport der Bundesrepublik Deutschland 52,5 % beträgt (3).

Die vorstehend geschilderten Sachverhalte zeigen, daß Großunternehmen in unserem Gemeinwesen zu selbständigen Entscheidungsträgern auch hinsichtlich politischer Fragen, die ursprünglich dem staatlichen Funktionsbereich zugeordnet werden (4), aufsteigen können und ihnen daher die Position von "pouvoirs intermédiaires" zukommt (5).

(1) Staatslehre, S. 411

(2) aaO. S. 415

(3) HauptGA III, Tz. 55

(4) zur (sehr schwierig gewordenen) Unterscheidung zwischen staatlichem und gesellschaftlichem Funktionsbereich: Herzog, in: M/D/H/Sch, Art. 20 (I.) Rnr. 45 ff. und Art. 20 (II.) Rnr. 21; Hesse, Verfassungsrecht, S. 7 ff.

(5) Saladin, VVDStRL 35, 52 (LS 6) und S. 37 ff.

(2) Indirekte Ausübung politischer Macht
(Lobbyismus)

Neben dieser quasi direkten Ausübung (originär staatlicher) politischer Entscheidungsgewalt sind die Großunternehmen auch indirekt an der Ausübung politischer Macht beteiligt, indem sie wie andere Interessengruppen auf die staatliche Willensbildung einwirken (1). Dies geschieht durch Lobbyismus, freundschaftliche Kontakte und die Vermittlung von Datenkenntnissen im Bereich von Parlament, Regierung und Bürokratie, darüber hinaus auch durch das Wirken in den politischen Parteien und ihre finanzielle Unterstützung (2). So entstehen neben Befürchtungen für die Wahrung des Demokratieprinzips auch Gefahren für die Unabhängigkeit der Abgeordneten des Deutschen Bundestages (Art. 38 I Satz 2). Gemäß Art. 38 I Satz 2 ist der Abgeordnete nur seinem Gewissen verantwortlich. Damit ist klargestellt, daß er Einflüssen von außen (etwa von wirtschaftlichen Kräften her) nicht unterliegen darf (3).

All dies macht deutlich, daß die These, wirtschaftliche Macht führe den großen Unternehmen auch politische Macht zu (4), richtig ist. Gleichzeitig steht fest, daß diese politische Macht großer Unternehmen, mithin von Subjekten des Privatrechts, durch das Grundgesetz nicht legitimierbar ist (5). Denn das Demokratieprinzip des Grundgesetzes beinhaltet die Volkssouveränität (Art. 20 II Satz 1), wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, mithin die Entscheidung staatspolitischer Fragen nur von Gremien und Personen getroffen werden, die ihre Legitimation letztlich vom Volk empfangen. Diese Legitimation, die zumindest eine mittelbare sein muß, wird großen, privaten Unternehmen - auch wenn sie in eine "demokratische" Unternehmensverfassung eingebunden sind - immer fehlen (6).

- (1) Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 64 m.w.N.
- (2) ebenda: vgl. auch Kogon, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 2. Band, S. 600 und 612 sowie Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, S. 60
- (3) Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 38 Rnr. 17
- (4) MK HauptGA III, Tz. 670
- (5) ebenda, Vgl. auch Böhm, Ordo X, S. 162 (196 f.)
- (6) Kantzenbach, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Band, S. 159 (174 f.)

Die Legitimationskette vom Volk als Träger der Staatsgewalt (Art. 20 II Satz 1) zum Ausübenden der Staatsgewalt ist unterbrochen. Denn wenn große Unternehmen politische Macht ausüben, dann tun sie dies immer über den Personenkreis hinaus, dem sie unmittelbar oder mittelbar ihre Beauftragung (etwa im Rahmen einer "demokratisierten" Unternehmensverfassung) verdanken. Es ist aber gerade selbstverständliche demokratische Grundnorm, daß sowohl gesellschaftliche als auch staatliche Machtträger die ihnen zustehenden Befugnisse legitimerweise nur (für und) gegen diesen Personenkreis ausüben dürfen (1). Der politische Einfluß großer Unternehmen tritt in Konkurrenz zum einzig legitimierten Inhaber politischer Macht, dem Staat. Dies kann im Extremfall zu einer Denaturierung der verfassungsmäßigen Ordnung führen (2), da dann die wichtigen politischen Entscheidungen nicht mehr in Parlament und Regierung getroffen werden, sondern von den Organen mächtiger Wirtschaftskonzerne.

(3) Interdependenz und Homogenität von gerechter
Wirtschaftsordnung und funktionierender
Demokratie

Endlich bleibt zu untersuchen, inwieweit eine Homogenität von wirtschaftlicher und politischer Ordnung für ein demokratisch strukturiertes Gemeinwesen unabdingbar ist. Ob mit anderen Worten eine freiheitliche demokratische Gesellschaftsordnung nicht existieren kann, wenn eine Wettbewerbsordnung als ökonomisches Äquivalent sie nicht stützt, ohne daß es dabei erst darauf ankäme, daß wechselseitige Einflußnahmen versucht würden.

Eine solche Homogenität scheint, abgesehen von den bisher behandelten Aspekten (3) auch deshalb unverzichtbar zu sein, weil eine weitgehende Dezentralisierung wirtschaftlicher Entscheidungskompetenzen (ein Merkmal der funktionierenden Konkurrenzwirtschaft) und die damit verbundene wirtschaftliche Unabhängigkeit des Bürgers eine demokratische Kontrolle der Regierung begünstigt (4).

(1) Herzog, in: M/D/H/Sch, Art. 20 (II.) Rnr. 57

(2) MK, HauptGA III, Tz. 670 a.E.

(3) oben unter (1), S. 135 ff. und (2), S. 138 f.

(4) Kantzenbach, in: Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Band, S. 159 (174)

Umgekehrt muß der homo oeconomicus prinzipiell nicht nur von privaten Machtträgern frei sein, sondern Unabhängigkeit auch gegenüber dem Staat bewahren. So muß es einen vom staatlichen unterscheidbaren Begriff wirtschaftlichen Handelns geben (1). Nur klare begriffliche Trennung von Staat und Gesellschaft auch im Bereich der Wirtschaft kann persönliche Freiheit und demokratische Ordnung verbürgen und gleichzeitig der von der Verfassung des sozialen Rechtsstaates gewollten Verbindung von Staat und Gesellschaft gerecht werden (2).

Darüber hinaus kann die Konkurrenzwirtschaft als solche verwirklichte Demokratie sein, die über das Homogenitätsprinzip grundgesetzliches Postulat wird. Denn "die sogenannten Marktgesetze sind ... bei Lichte gesehen nichts anderes als eine aufs Äußerste getriebene, technisch aufs Raffinierteste vervollkommnete tägliche und stündliche plebiszitäre Demokratie, ein das ganze Jahr hindurch vom Morgen bis in die Nacht währendes Volksreferendum, die technisch idealste Erscheinungsform von Demokratie, die überhaupt existiert." (3) Ähnlich argumentiert Herion (4), der in einem funktionsfähigen Wettbewerb die Legitimation des unternehmerischen Produktivvermögens sieht. Danach ist Produktivvermögen nur so lange gesellschaftlich legitim und von der Gesellschaft toleriert, als sich bei dessen Einsatz Risiko und Chance gleichwertig gegenüberstehen und es sich einer "demokratischen" Überprüfung durch den Markt und die Wahlakte der Konsumenten nicht entzieht (5).

Politische Demokratie kann nach alledem nicht ohne wirtschaftliche Demokratie, d.h. ohne prinzipielles Bekenntnis der staatlichen Wirtschaftspolitik und Gesetzgebung zum konkurrenzwirtschaftlichen Prinzip existieren. Auch insoweit besteht daher eine Interdependenz und Homogenität zwischen gerechter Wirtschaftsordnung und funktionierender Demokratie (6).

(1) Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, S. 57

(2) ebenda

(3) Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 51

(4) in: Wettbewerb im Wandel, S. 457 (459)

(5) ebenda

(6) so Böhm, SJZ 1946, 141; ähnlich auch derselbe, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, S. 1 ff. (11)

Nur der Grundsatz des Erhaltes einer möglichst großen Zahl von Entscheidungsträgern in der Wirtschaft, also eine Entscheidung gegen jede Art der Zentralverwaltungswirtschaft, gleichgültig, ob mit staatlichen oder privaten Vorzeichen, entspricht somit dem Wesen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates.

(4) Konsequenzen und Therapievorschläge zur
Beseitigung demokratiefeindlicher privater
Macht

Nach dieser Beschreibung einer durch voranschreitende Konzentration möglicherweise entstehenden Verfassungswirklichkeit und ihrer verfassungsrechtlichen und - politischen Beurteilung anhand der kollidierenden Grundgesetznormen, stellt sich nunmehr jedoch die wichtige Frage nach den Konsequenzen, die der Staat aus dieser Entwicklung ziehen sollte. Als Heilmittel werden entweder Übernahme (durch Sozialisierung) oder Zerschlagung (im Kampf gegen das sogenannte (marktbe-)herrschende Unternehmen) der politischen Unternehmensmacht durch den Staat empfohlen (1). Beide bringen indessen der Allgemeinheit auch Nachteile und sind angesichts der Gegebenheiten und Notwendigkeiten der Gegenwart fragwürdig (2). Daher sollte versucht werden, die Verantwortlichkeit großer Unternehmen rechtlich zu fixieren, um ihre Macht in einer auf Vernunft gegründeten Gesellschaftsordnung als verantwortete Macht zu legitimieren (3), d.h. auch, "die Machtverhältnisse in der Gesellschaft so zu steuern, daß keine Gruppe in der Lage ist, ihre Interessen als Interessen der Allgemeinheit absolut zu setzen." (4)

(1) Vgl. Krüger, Staatslehre, S. 412 Fn. 23

(2) ebenda

(3) Saladin, VVDStRL 35, 7 ff. (52, LS 7a));
Ähnlich: Kbler, in: FS für Ludwig Raiser, S. 697 (725);
Ludwig Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 33 ff.

(4) Mestmäcker, ZHR 137 (1973), 97 (104)

Dies aber ist wiederum u.a. eine Aufgabe des Unternehmensverfassungsrechts (1). Sie gilt es zuerst zu verwirklichen.

Schließlich steht einem grundgesetzlichen Entflechtungsgebot wegen der Funktionsgefährdung der parlamentarischen Demokratie die Erkenntnis entgegen, daß der demokratische Staat von Interessengruppen nicht unabhängig sein kann; es den neutralen Gesetzgeber, wie ihn die Lehre vom reinen Rechtsstaat voraussetzt, nicht gibt (2). Das Problem der mit wirtschaftlicher Macht bei den großen Unternehmen entstehenden politischen Macht kann mithin nicht mit der strikten Forderung nach Beseitigung dieser Macht (z.B. eben durch Unternehmensentflechtung) gelöst werden.

Auch für Entflechtungsmaßnahmen zum Schutz der Demokratie gilt Gleiches wie für die verfassungsrechtliche Forderung aus den Grundrechten in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und der Kompetenzzuweisung des Art. 74 Nr. 16: sie kommen stets nur als ultima ratio in einem sehr späten Zeitpunkt in Betracht, wo dann zu Recht von einer Denaturierung verfassungsrechtlicher Prinzipien gesprochen werden kann. Ein solcher Zustand einer denaturierten Verfassungswirklichkeit dürfte aber im gegenwärtigen Zeitpunkt in der Bundesrepublik Deutschland trotz mancher Gefährdungen und einzelner Beeinträchtigungen des Demokratieprinzips und der Unabhängigkeit der parlamentarischen Volksvertretung noch nicht erreicht sein.

(1) Daß sich die Alternative zwischen Konzentrationskontrollpolitischen Maßnahmen (äußerstenfalls Unternehmensentflechtungen) und "Demokratisierungen" im Unternehmensverfassungsrecht stellt, deutet Kriele, ZRP 1974, 105 (110), an, indem er nach Betrachtungen zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes zu dem Schluß kommt: "Der Grundgesetzgeber wollte wirtschaftliche Macht entweder verhindern oder der Mitbestimmung unterwerfen, und man kann nicht unter Berufung auf das Grundgesetz auf beides verzichten."

(2) Mestmäcker aaO. S. 103

Mit Herzog (1) sind aus der Erkenntnis, daß private Machtzusammenballungen auch im gesellschaftlichen Bereich zu quasi politischer, d.h. staatsähnlicher Herrschaft führen können und damit ein demokratisches Gemeinwesen gefährden, drei Schlußfolgerungen denkbar: "Entweder räumt man ein, daß das Gesellschaftsmodell nicht mehr in befriedigender Weise zu funktionieren vermag, und löst es zugunsten eines anderen Ordnungssystems ab; dieses Ordnungssystem kann nach Lage der Dinge nur der Staat sein und die Forderung, die Ordnungsfunktionen der Gesellschaft auf ihn zu übertragen, äußert sich dann nur allzu leicht in dem berüchtigten 'Ruf nach dem starken Mann'. Oder man versucht, die Macht des einen Interessenträgers dadurch zu neutralisieren, daß man auch die entgegengesetzten Interessen vermachtet, um auf diese Weise das gestörte Gleichgewicht wiederherzustellen; dies ist in den industrialisierten Massengesellschaften des 19. und 20. Jahrhunderts z.B. auf dem Arbeitsmarkt der Fall, wo man den großen Monopolen und Oligopolen der Unternehmer das Monopol bzw. Oligopol der Gewerkschaften entgegengesetzt hat. Die dritte Möglichkeit der Lösung besteht schließlich darin, daß man den Abbau der privaten Herrschaftsimperien in Angriff nimmt, wobei man allerdings meist wieder zum Ruf nach dem Staat gezwungen wird und überdies gerade in hochindustrialisierten Gesellschaften oft aus technischen und organisatorischen Gründen auf enge Grenzen stößt. Trotzdem muß eine von diesen drei Therapien versucht werden, wenn Freiheit und Ordnung nicht schließlich im Sumpf der Oligarchien ersticken sollen."

Dabei sind Unternehmensentflechtungen der dritten Schlußfolgerung zuzuordnen, die aus vielerlei Gründen stets nur als ultima ratio in Betracht kommt und die Erkenntnis beinhaltet, daß die Gleichheit der Kräfte als Voraussetzung gesellschaftlicher Selbstordnung praktisch immer nur in groben Näherungswerten zu erreichen ist (2).

(1) Allgemeine Staatslehre, S. 66 f.

(2) Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 67

ee) "Entflechtungsauftrag" und Sozialisierungs-
ermächtigung (Art. 15 GG)

Fehlgehen muß der Versuch, Art. 15 als sedes materiae eines
verfassungsrechtlichen Argumentes für Maßnahmen der Unter-
nehmensentflechtung zu verorten (1).

Zunächst ist schon der rein begriffliche Unterschied zwischen
Entflechtung und Sozialisierung (2) zu verdeutlichen: Ent-
flechtung bedeutet im Sinne unserer Ausgangsdefinition (3)
die Zerschlagung eines wie auch immer - extern oder intern -
gewachsenen Unternehmens. Sozialisierung eines Unternehmens
hingegen ist die Überführung der in dem Unternehmen als Ge-
samtheit vorhandenen Produktionsmittel in Gemeineigentum oder
in andere Formen der Gemeinwirtschaft (vgl. Art. 15, Satz 1),
ohne daß eine Aufgliederung des Unternehmens stattfindet (4).
Keinesfalls darf daher aus Art. 15 eine objektive Wertent-
scheidung gegen Unternehmensgröße als solche abgeleitet wer-
den (5).

Bei der Sozialisierung politisch mächtiger Großunternehmen
kommt es einerseits zu einer Steigerung der Staatsmacht, die
die Freiheit des Bürgers erdrückt (6), so daß die grundrechtli-
chen Gewährleistungendieser Freiheiten gerade gegen eine Sozia-
lisierung mit dem Ziel der Verstaatlichung gesellschaftlich-
politischer Macht sprechen.

- (1) so aber: Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaft-
licher status quo, S. 76 ff. (81), 81 ff., 189 f., der
dies historisch (Dezentralisierung der Wirtschaft im
Nachkriegs-Deutschland als Maßnahmen der Sozialisierung)
zu belegen versucht.
- (2) Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 979
- (3) s. o. unter I., S. 6
- (4) Entsprechend unterscheidet denn auch Krüger, Staatslehre,
S. 412, Fn. 23, zwischen Übernahme (= Sozialisierung)
und Zerschlagung (= Entflechtung) von Unternehmensmacht.
- (5) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 28 m.w.N. in Fn. 12
- (6) Krüger, Staatslehre, S. 412, Fn. 25;
ähnlich auch ders., in: Die Grundrechte III/1, S. 278 ff.
(280)

In diesem Zusammenhang zitiert Eucken Leonhard Miksch (1):
"Macht bleibt Macht, von wem auch immer sie ausgeübt wird.
Und sie erreicht ihre höchste Gefahrenstufe nicht einmal in
privater, sondern gerade in öffentlicher Hand." Andererseits
würde gerade die Verstaatlichung die Abhängigkeit des Staates
von der Wirtschaft endgültig besiegeln (2), mag dies auch
dann keine Abhängigkeit von gesellschaftlichen Kräften mehr
sein.

Aber auch, wenn man für einen Moment die Unterscheidung zwischen
Sozialisierung und Entflechtung außer Acht läßt und in
Art. 15 etwa ein Instrument sieht, gesellschaftliche Macht-
stellungen - allgemein gesprochen - zu beseitigen und damit
ein verfassungsrechtliches Argument gegen gesellschaftliche
Macht in Gestalt großer Unternehmen gefunden zu haben glaubt,
das auch für Entflechtungsmaßnahmen sprechen kann(3), ist die
Bandbreite zulässiger Interpretation der Verfassungsnorm bei
weitem überschritten. Denn Art. 15 enthält nicht etwa einen
Auftrag an den Gesetzgeber, eine Sozialisierung einzuleiten
oder durchzuführen, sondern stellt lediglich eine Ermächti-
gung dar (4).

Ohnehin besitzt Art. 15 gegenwärtig keinerlei praktische Be-
deutung und wird darüber hinaus als "zu weit gespannt und ver-
fassungsrechtlich ziemlich bedeutungslose" (5) Möglichkeit gesehen,
die im System des Grundgesetzes ein Kuriosum darstellt (6).

- (1) Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 174
- (2) Mestmäcker ZHR 137 (1973), 97 (104)
- (3) Dicke, in: von Münch, GG, Art. 15, Rnr. 8, hält es für
zulässig, Art. 15 zu benutzen, um private Monopolstellun-
gen zu brechen.
- (4) Schwerdtfeger, Mitbestimmung, S. 19; Scholz, Entflechtung,
S. 21: BVerfGE 12, 354 (363 f.); Maunz, in: M/D/H/Sch,
Art. 15 Rnr. 4; Benda, Industrielle Herrschaft und sozia-
ler Staat, S. 361
- (5) Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 36
und in: Enneccerus-Nipperdey, Band I, S. 85
- (6) Nach Benda, aaO. S. 356, haftet der Norm "die etwas skur-
rile Ehrwürdigkeit eines altertümlichen Bauwerks an, das
niemand bewohnen möchte, weil es in naher Zukunft ein-
stürzen könnte".

Aus der Tatsache, daß das Grundgesetz durch Art. 15 dem Gesetzgeber die Sozialisierung bestimmter Bereiche der Wirtschaft ermöglicht, läßt sich also kein Argument für die Entflechtung von Großunternehmen gewinnen (1). "Sie gehört mitnichten zum unproblematischen Bestand verfassungsrechtlich zulässiger Eigentumsentziehung." (2)

- (1) So riet bereits Böhm, SJZ 1946, 141 (148) von der Maßnahme der Enteignung oder Verstaatlichung von Unternehmen als einem Mittel der staatlichen Monopolaufsicht dringend ab.
- (2) Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 979

Zusammenfassung (IV. 1. Fragestellung)

Es zeigt sich also, daß das Grundgesetz eine Reihe von Normen enthält, denen ein Unwerturteil über Konzentration in der Wirtschaft entnommen werden kann. Aber weder aus solcherart zu interpretierenden Grundrechten (Art. 2 I, 3 I, 9 I, 12 I und 14 I), noch aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaates, dem Demokratieprinzip oder dem Art. 74 Nr. 16 als einschlägige Kompetenznorm mit materiellem Gehalt kann eine verbindliche Direktive des Verfassungsgebers an den Gesetzgeber zur Beseitigung wirtschaftlicher Konzentration durch Unternehmensentflechtung abgeleitet werden. Auch für diese Aufgabenstellung staatlicher Wirtschaftspolitik gilt, was für die Wirtschaftspolitik des durch das Bonner Grundgesetz konzipierten Staates überhaupt gilt: Sie ist in einem weiten Rahmen diskretionär. Ein durch das Grundgesetz vorgegebenes, in sich geschlossenes Wirtschaftssystem gibt es nicht und kann den Gesetzgeber auch hier nicht binden. Ein verbindlicher Verfassungsauftrag, der dann auch vor dem Bundesverfassungsgericht einklagbar wäre⁽¹⁾, würde jedoch dem staatlichen Gesetzgeber dann erteilt, wenn Konzentrationsvorgänge eine Verfassungswirklichkeit hervorgebracht hätten, in der grundrechtliche Gewährleistungen und das Sozialstaatsprinzip (beide auch in ihrer funktionalen Verknüpfung⁽²⁾) leerliefen. In einer solchen Situation, die Thiele so treffend mit dem Schlagwort von der "Zentralverwaltungswirtschaft mit gleichsam umgekehrten, d.h. privaten Vorzeichen" ⁽³⁾ gekennzeichnet hat, bliebe es dem Gesetzgeber aber immer noch überlassen, welche Maßnahmen im einzelnen er zur Wiederherstellung einer verfassungskonformen Verfassungswirklichkeit ergreift.

Die Direktive, Gesetze zur Entflechtung von Unternehmen zu verabschieden, kann allenfalls dann einen verfassungsrechtlichen, nicht bloß verfassungspolitischen Stellenwert haben, wenn alle anderen wirtschaftspolitischen Maßnahmen des Gesetzgebers gegen eine vermachtete Wirtschaft - und mithin letztlich auch Gesellschaftsordnung-ganz offensichtlich fehlsam, da erfolglos, wären.

(1) Vgl. aber unten unter IV. 3., S. 222 ff.

(2) s. o. unter b) aa) (4), S. 60 ff.

(3) JZ 1977, 144 (145)

Dabei sind an das Merkmal der ganz offensichtlichen Ungeeignetheit strengste Anforderungen zu stellen, schon um nicht eine vom Verfassungsgeber nicht gewollte Justitiabilität staatlicher Wirtschaftspolitik heraufzubeschwören. Insbesondere muß dem Gesetzgeber hier eine gewisse Einschätzungsprerogative eingeräumt werden. "Gesetzgebung ist (auch hier (1)) also nicht 'Anwendung' oder 'Vollzug' und nur in einem eingeschränkten Maß 'Verwirklichung' der Verfassung. Sie ist verfassungsrechtlich begrenzte, aber durch die politische Initiative bestimmte Entscheidung über die Ordnung der Gesellschaft." (2)

(1) Der Vermerk innerhalb der Klammer stammt vom Verfasser.

(2) Badura, in: FS für Fröhler, S. 321 ff. (328)

2. Fragestellung:

Welche Verfassungsnormen bilden den Maßstab für staatliche Unternehmensentflechtungen?

Im zweiten Teil des verfassungsrechtlichen Argumentationsrahmens ist nunmehr der Frage nachzugehen, welche Verfassungsnormen, insbesondere welche Grundrechte der Staat zu beachten hat, wenn er durch ein Entflechtungsgesetz wirtschaftliche Sachverhalte regelt und dadurch notwendig in die Rechte von Wirtschaftssubjekten eingreift. Die Entflechtung ist ein massiver Eingriff in die geschützte Grundrechtssphäre der betroffenen Unternehmen und ihrer Eigner. "Sie muß sich infolgedessen unter dem Regime der rechtsstaatlichen Verfassung des Grundgesetzes eine besonders kritische Überprüfung auf die rechtliche Realisierbarkeit einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung gefallen lassen." (1) Wohl deshalb und nicht nur, weil wirtschaftsordnende Gesetze von einigem Gewicht auch auf der Ebene der Verfassungsmäßigkeit attackiert zu werden pflegen (2), ist die Verfassungsmäßigkeit von allgemeinen Entflechtungsregelungen und insbesondere auch der Gesetzesvorschlag der Monopolkommission bereits Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen (3) gewesen, wenngleich diese - insgesamt gesehen und verglichen mit dem Schrifttum etwa zur Verfassungsmäßigkeit des Kartellverbotes (4) - spärlich geblieben sind (5). Die durchaus kontroversen Ergebnisse der Autorensollenam Schluß teilweise gegenübergestellt werden. Zunächst sind diejenigen Verfassungsnormen, die den Maßstab für staatliche Unternehmensentflechtungen bilden, darzustellen.

(1) Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 2 f.

(2) so Möschel, Entflechtungen, S. 131

(3) Scholz, Entflechtung und Verfassung; Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz; Möschel, Entflechtungen (§ 5, S. 131 ff.); Schulte-Braucks, Die Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen, S. 260 ff.

(4) Vgl. Fn. 3, S. 8

(5) Vgl. oben S.9 und Fn.2 ebenda

- a) Allzu dirigistische Störung eines verkehrswirtschaftlichen Ordnungssystems und damit Verletzung eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ordnungszusammenhanges (Einwand der Wirtschaftsverfassung)

Weitgehende Einigkeit im Schrifttum besteht darüber, daß ein wirtschaftsverfassungsrechtlicher Einwand gegen die Unternehmensentflechtung dergestalt, daß darin eine allzu dirigistische Störung eines verkehrswirtschaftlichen Ordnungssystems und damit eine Verletzung eines wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ordnungszusammenhanges herbeigeführt werde, nicht erhoben werden kann. Der Topos "Wirtschaftsverfassung" als grundgesetzlicher Maßstab wird ganz allgemein abgelehnt (1). Dies kann freilich nur besagen, daß das Grundgesetz ein wirtschaftslenkendes Gesetz nicht deshalb unzulässig macht, weil es nicht in ein bestimmtes verfassungsrechtlich vorgegebenes Ordnungssystem für die Wirtschaft paßt. In umgekehrter Sichtweise wurde bereits unter der ersten Fragestellung (2) dargestellt, daß das Grundgesetz dem Gesetzgeber kein Wettbewerbsmodell und keine Ordnung der Wirtschaft als Bestandteil einer in sich geschlossenen, modellhaften Wirtschaftsverfassung vorgibt, welches ihm den Auftrag zur Verhinderung bzw. Beseitigung wirtschaftlicher Konzentration erteilen würde (3). Das Grundgesetz enthält aber eine Vielzahl von Wertentscheidungen, die sich auf wirtschaftslenkende Gesetze beschränkend auswirken. Diese Grundpositionen können zusammenfassend und vereinfachend als "Wirtschaftsverfassung" bezeichnet werden (4), ohne daß damit indes ein eigenständiges übergreifendes Kriterium für die Verfassungsmäßigkeit gefunden wäre. Es bleiben vielmehr einzelne konkret-wirtschaftsordnende Entscheidungen des Grundgesetzes, die als Ordnungsprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts einer dem Schutze der Wettbewerbsfreiheit dienenden Entflechtungsregelung die prinzipielle verfassungsrechtliche Legitimation verleihen (5).

(1) Möschel, aaO. S. 135; Selmer, aaO. S. 18 ff. (19)

(2) unter IV. 1., S. 31 ff.

(3) s. oben S. 67 ff. (72)

(4) so etwa Scholz, aaO. S. 83

(5) Scholz, aaO. S. 136

b) Die Grundrechte im einzelnen als Schranken
einer staatlichen Unternehmensentflechtung

Markiert werden die Grundpositionen der "Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes" insbesondere von den Grundrechten, soweit sie konkret-wirtschaftsordnende Entscheidungen beinhalten (1). Diese konkret-wirtschaftsordnenden Entscheidungen bilden im einzelnen den Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit der verschiedenen Erscheinungs- und Wirkungsformen möglicher Entflechtungsregelungen (2).

aa) Allgemeine Ausgangspunkte der Grundrechts-
prüfung

Vor der Untersuchung der speziellen Grundrechtsgarantien sind zunächst einige allgemeine Ausgangspunkte zu markieren (3), auf die dann bei der Grundrechtsprüfung im einzelnen zurückzukommen sein wird (4).

(1) Grundrechtsgeschützte Adressaten der
Unternehmensentflechtung

Demfolgend ist vorab die Zielrichtung der wirtschaftslenkenden Maßnahme Unternehmensentflechtung zu orten: Gegen welche Grundrechtsträger wird das schwere Geschütz der Unternehmensentflechtung aufgeföhren? Die allgemeine Feststellung, daß "ein massiver Eingriff in die geschützte Grundrechtssphäre der betroffenen Unternehmen und ihrer Eigner" (5) vorliegt, bedarf an dieser Stelle der Präzisierung.

(1) Vgl. bereits oben im Rahmen der 1. Fragestellung, S. 73 ff.

(2) Scholz, aaO. S. 136

(3) unter (1) bis (5)

(4) unter bb) (1) bis (5)

(5) Selmer aaO. S. 2 ff.

Als von der Unternehmensentflechtung betroffene Grundrechtssubjekte kommen in Betracht:

- das Unternehmen als solches (1)
- der oder die Eigner (in der Regel Aktionäre, da die Unternehmen, die Gegenstand von Entflechtungsmaßnahmen werden würden, in aller Regel als Aktiengesellschaft verfaßt sein dürften)
- die Entscheidungsträger im Unternehmen, die nicht über das Eigentum an das Unternehmen gebunden sind (angestellte Manager)
- die Arbeitnehmer ganz allgemein
- die Kunden und Lieferanten und schließlich alle, die mit dem zu entflechtenden Unternehmen irgendwie in einer Geschäftsbeziehung stehen.

Zu beachten ist, daß der Konzern einerseits eine Vermögensmasse, andererseits ein Aktionspotential ist (2), grundrechtliche Relevanz daher sowohl im Hinblick auf das Innehaben vermögenswerter Rechtspositionen, als auch auf das Gebrauchmachen von unternehmerischen Entfaltungsmöglichkeiten zutage treten kann. Auch der Schutz Dritter ist nicht nur aus unmittelbar wettbewerbsrechtlicher, sondern auch aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten, da die meisten der diesen Personen zustehenden Rechtspositionen auch verfassungsrechtlichen Schutz gegenüber hoheitlichen Beschränkungen genießen (3). So können Entflechtungsmaßnahmen beispielsweise zur (faktischen (4)) Vernichtung bestimmter Forderungsrechte führen und das Eigentumsrecht (5) des jeweiligen Gläubigers an diesem Forderungsrecht verletzen (6).

- (1) zum Unternehmensbegriff: Rittner, JZ 1979, S. 743
- (2) Duden, in: FS für Böhm (1965), S. 1 ff. (14)
- (3) Scholz, aaO. S. 225 und Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 59 f.
- (4) Zur theoretischen Grundlegung des Begriffs des Grundrechtseingriffs, insbesondere des faktischen oder mittelbaren Grundrechtseingriffs vgl. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 230 ff. (232 f.)
- (5) Forderungsrechte fallen als vermögenswerte Rechtspositionen in den Schutzbereich des Art. 14. Vgl. Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 14 Rnr. 32
- (6) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 225

Der Gesetzesvorschlag der Monopolkommission (1) versucht den Drittschutz dadurch zu gewährleisten, daß er die Anordnung der Entflechtungsmaßnahmen nur "unter Wahrung der Belange Dritter" zuläßt. Inwieweit durch diese generalklauselartige Formulierung der grundrechtlich geforderte Drittschutz hinreichend gewährt wird, soll im Anschluß an die Darstellung der primären verfassungsrechtlichen Frage (Beachtung der grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Adressaten der Unternehmensentflechtungen) erörtert werden (2).

(2) Durchführung und Mechanismen der Unternehmensentflechtung im Hinblick auf ihre grundrechtliche Relevanz

Wie eine Unternehmensentflechtung sich faktisch bei ihren Adressaten auswirkt und wie sie damit in grundrechtliche Gewährleistungen eingreift, ist abhängig von der verschiedenartigen Durchführung von Entflechtungsmaßnahmen. Damit ist auf die eingangs (3) geführten Erörterungen über die rechtstechnische Bewältigung der Unternehmensentflechtung zurückzukommen. Im Hinblick auf die verfahrensmäßige Durchführung (4) ist zunächst zu unterscheiden zwischen der entziehenden und der umgestaltenden Entflechtung (5). Jene ist gekennzeichnet dadurch, daß sie bestimmte Unternehmens- oder Betriebsteile dem zu entflechtenden Unternehmen definitiv entzieht, und zwar entweder, daß diese kraft Hoheitsakt abgespalten werden oder daß das betreffende Unternehmen zur Veräußerung jener Teile verpflichtet wird. Die umgestaltende Entflechtung hingegen entzieht dem zu entflechtenden Unternehmen zwar gleichfalls bestimmte Unternehmens- oder Betriebsteile; sie entzieht diese jedoch nicht in der vermögensmäßigen Substanz, sondern verändert nur die Unternehmensstruktur und die Struktur der Vermögensinhaberschaft (6).

(1) s. oben S. 20 f.

(2) s. unten S. 171 ff. sub bb) (1) (a)

(3) III., S. 20 ff.

(4) Vgl. bereits oben S. 25 f.

(5) Scholz aaO. S. 62 m.w.N. in Fn. 7 ebenda

(6) Vgl. dazu Scholz ebenda

Rechtstechnisch sind hier das "spin off-", das "split off-" und das "split up-" Verfahren zu unterscheiden (1). Auf diese Unterscheidung wird im Rahmen der Grundrechtsprüfung zurückzukommen sein (2), da zwischen der entziehenden und der bloß umgestaltenden Entflechtung verfassungsrechtlich erhebliche Bewertungsunterschiede bestehen (3).

Weiterhin kann in durchführungstechnischer Sicht zwischen der organisatorischen, der finanziellen, der personellen und betrieblichen Entflechtung unterschieden werden (4). Den weitestgehendsten Eingriff stellt die organisatorische Entflechtung dar, da sie einzelne Unternehmen einschließlich der jeweiligen Rechtsträgerschaft definitiv vom entflochtenen Unternehmenenspaltet. Etwas dahinter zurück bleibt die betriebliche Entflechtung, die nicht Unternehmensanteile, sondern lediglich betriebliche Teileenspaltet. Im wirtschaftlichen Ergebnis freilich kann die betriebliche der organisatorischen Entflechtung entsprechen. Um die Abspaltung bloß finanzieller (Kontroll-) Beteiligungen geht es bei der finanziellen Entflechtung. Betroffen sind solche Beteiligungen, die zum entflochtenen Unternehmen keine technisch-produktive oder betriebliche Beziehung haben. Bei der finanziellen Entflechtung wird wie auch bei der personellen nicht die wirtschaftliche Selbständigkeit tangiert (5).

Um die grundrechtliche Prüfung vornehmen zu können, bedarf es einer kurzen Charakterisierung der wichtigsten Mechanismen der Durchführung von Entflechtungsmaßnahmen.

Dabei können organisatorische Entflechtungen entziehenden oder umgestaltenden Charakter haben. Dieser bleibt im "spin-off", "split-off" oder "split up"-Verfahren gewahrt, während jener den Verkaufslösungen (7) eigentümlich ist.

(1) Vgl. dazu oben S. 25 f.

(2) s. u. sub bb) (1) (b), S. 174 f.

(3) Scholz aaO.

(4) Scholz aaO.

(5) zum ganzen Scholz aaO. S. 62 ff. und MK, HauptGA III Tz. 745 ff.

(6) Vgl. dazu auch Duden, in: FS für Böhm (1965), S. 1 ff. (17 ff.)

(7) Vgl. oben S. 25 f. und soeben S. 153

Sowohl entziehenden als auch umgestaltenden Charakter können betriebliche Entflechtungen haben, da hier die betriebliche Einheit entweder entzogen wird oder aber im Wege der Verselbständigung jener betrieblichen Einheit zur neuen Unternehmenseinheit erhalten bleibt (1).

Eine geringere Zäsur innerhalb eines Unternehmens und erheblich weniger Aufwand bedeutet die Beschränkung gewerblicher Schutzrechte als Maßnahme der Entflechtung (2). In Betracht kommen insoweit das Verbot einer Ausübung oder eine Freigabe von Patenten sowie eine Zwangslizensierung (3).

Darüber hinaus kann hinsichtlich der Intensität der Entflechtung unterschieden werden zwischen Eingriffen in die vermögensrechtliche Substanz der Unternehmen und Eingriffen in deren bloße Nutzungs- oder Erwerbschancen. Die Auflösung von schlichten Geschäftsbeziehungen etwa unterfällt letzteren, ebenso wohl auch die Beschränkung von Mitgliedschaftsrechten oder die Beschränkung in deren Ausübung. Weitergehend wirken sich hingegen die Auflösung von Beherrschungsverträgen (§ 291 AktG) oder die Befristung von Zusammenschlüssen aus (4).

Schließlich weisen noch die sogenannten kompensatorischen Entflechtungsmaßnahmen die auch verfassungsrechtlich interessante Besonderheit auf, daß hier die Unternehmensentflechtung nicht hoheitlich verfügt, sondern zwischen dem Unternehmen und der Behörde gewissermaßen "ausgehandelt" wird (5). Ein solches Vorgehen kommt namentlich im Rahmen der präventiven Fusionskontrolle als Zusammenschlußerlaubnis unter der Voraussetzung einer anderen kompensierenden Entflechtungsmaßnahme in Betracht (6).

(1) Scholz, aaO. S. 64

(2) MK, HauptGA II, Tz. 750

(3) ebenda

(4) Vgl. zum ganzen Scholz, aaO. S. 65 unter i)

(5) Vgl. hierzu Scholz, aaO. unter j)

(6) ebenda

(3) Verfassungsrechtliche Bezüge der Eingriffsvoraussetzungen (Struktur- und Mißbrauchsentflechtung)

Verfassungsrechtlich erheblich ist auch die Ausgestaltung der Eingriffsvoraussetzungen einer Entflechtungsermächtigung (1). Das Ergreifen von Entflechtungsmaßnahmen kann einerseits einen bestimmten Marktanteil oder Umsatz als ein Kriterium für übermäßige wirtschaftliche (Markt-) Macht zur Voraussetzung haben (strukturbezogene Unternehmensentflechtung) (2), andererseits ist auch eine an den Mißbrauch von wirtschaftlicher Macht anknüpfende Unternehmensentflechtung denkbar (verhaltens- bzw. mißbrauchsbezogene Unternehmensentflechtung) (3).

In der grundrechtlich-rechtsstaatlichen Bewertung erscheint die strukturbezogene Unternehmensentflechtung zulässig, wenn sie - tatbestandlich als solche ausgestaltet (4) - das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel ist, um die Auflösung der unerwünschten übermäßigen wirtschaftlichen (Markt-) Macht und auf diesem Wege ein Mehr an Wettbewerb auf dem in concreto relevanten Markt zu erzielen (5). Demgegenüber ist die verhaltens-/mißbrauchsbezogene Unternehmensentflechtung dann grundrechtlich unbedenklich, wenn sie - tatbestandlich als solche sachgerecht ausgestaltet - das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel ist, um - ausgehend von einem verbindlich festgestellten mißbräuchlichen Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens - bei Erfolglosigkeit von Maßnahmen nach § 22 V GWB eine Abstellung des Mißbrauchs durch einen Eingriff in die Marktstruktur zu Lasten des mißbrauchenden Unternehmens und auf diesem Wege ein Mehr an Wettbewerb auf dem in concreto relevanten Markt zu erreichen (6).

(1) Vgl. dazu bereits oben S. 21 ff.

(2) Vgl. Möschel, Entflechtungen, S. 87 ff.

(3) aaO. S. 84 ff.

(4) Vgl. dazu unten sub c) dd), S. 213 ff.

(5) Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 32

(6) ebenda

Dabei würden Unternehmensentflechtungen als staatliche Reaktion auf objektives Verhaltensunrecht des betroffenen Unternehmens noch mühelos in ein auf Handlungsfreiheiten beruhendes Privatrechtssystem passen (1).

Eine Verknüpfung von Verhaltens- und Strukturkriterien enthält der Vorschlag der Monopolkommission (2), der die Beseitigung von Mißbrauch durch strukturelle Maßnahmen nur dann für geboten hält, wenn der Nachweis der strukturellen Bedingtheit des Mißbrauchs vorliegt (3). Aus verfassungsrechtlicher Sicht wird auf diese Weise zum einen eine gewisse sachliche Verknüpfung von Maßnahme (Unternehmensentflechtung als strukturelles Instrument) und Eingriffsvoraussetzung (Strukturbedingtheit des Mißbrauchs) hergestellt, zum anderen gleichzeitig gewährleistet, daß das Einbezogensein der Unternehmensentflechtung in ein auf Handlungsfreiheit beruhendes Privatrechtssystem stets deutlich bleibt.

(4) Die Grundrechtsfähigkeit zu entflechtender Unternehmen

Soweit infolge dieser Mechanismen der Unternehmensentflechtung eine Grundrechtsbeeinträchtigung "des Unternehmens" in Betracht kommt, stellt sich die Frage nach der Grundrechtsfähigkeit des zu entflechtenden Unternehmens.

(1) Möschel, Entflechtungen, S. 85

(2) Vgl. bereits oben S. 20 f. mit den Nachweisen dort

(3) HauptGA III, Tz. 722

Kann dieses als solches, nicht lediglich im "Durchgriff" (1) auf die hinter ihm stehenden Grundrechtssubjekte (Eigentümer, Anteilseigner, vielleicht auch angestellte Führungskräfte und sonstige Arbeitnehmer (2)) Grundrechtsbeeinträchtigungen rügen? Ein erster Aufschluß darüber kann aus Art. 19 III gewonnen werden: "Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind." Nach ganz überwiegender Meinung ist der Begriff juristische Person in diesem Zusammenhang nicht als terminus technicus verwendet, sondern als "bequemer zusammenfassender Ausdruck" und als "ungenau Sammelbezeichnung für Organisationsgebilde" (3). Art. 19 III stellt jedenfalls klar, daß nicht nur natürliche Personen als Grundrechtssubjekte in Betracht kommen, sondern grundsätzlich auch intersubjektive Organisationsgebilde als solche, ohne daß diese allerdings Rechtsfähigkeit besitzen müssen. Denn wenn selbst juristische Personen im rechtstechnischen Sinne, die nicht notwendig Vereinigungen von natürlichen Personen sein müssen, grundrechtsfähig sein können, dann erst recht etwa die nicht-rechtsfähigen Personengesellschaften des Handelsrechtes, wie die Offene Handelsgesellschaft oder die Kommanditgesellschaft (4).

- (1) Der Streit um die Frage, ob die ursprünglich personal bestimmten Grundrechte nur von juristischen Personen mit personalem Substrat in Anspruch genommen werden dürfen oder ob der Verfassungsgeber mit der Erstreckung der Grundrechte auf juristische Personen zugleich die rechtliche Verselbständigung überindividueller Rechtsträger als Zuordnungssubjekte der Grundrechte zum Ausdruck gebracht habe, braucht - wie die folgenden Erörterungen zeigen werden - an dieser Stelle nicht vertiefend analysiert zu werden. Vgl. zu dieser Frage etwa Achterberg, in: Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, S. 1 ff.; Rupp-von Brünneck, in: FS für Adolf Arndt, S. 349 ff.
- (2) Obwohl den beiden letzteren Grundrechtssubjekten Grundrechtsschutz wohl eher als Dritten zuteil werden dürfte, als daß sie als hinter den Unternehmen stehende natürliche Personen gesehen werden könnten, die in der Lage wären, dem Unternehmen im Wege des "Durchgriffs" Grundrechtsschutz zu vermitteln.
- (3) Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 19 III Rnr. 29; von Mutius, in: BK, Art. 19 III Rnr. 67 ff.
- (4) BVerfG JZ 1976, 532 (533)

Denn bei diesen ist in der Regel die rechtliche und tatsächliche Verselbständigung weit weniger ausgeprägt und der personale Hintergrund deutlicher als bei den juristischen Personen im rechtstechnischen Sinne (1).

Unabhängig von ihrer gesellschaftsrechtlichen Organisationsform besitzen also Wirtschaftsunternehmen nach Art. 19 III die Fähigkeit, Inhaber grundrechtlicher Gewährleistungen sein zu können, wobei jedoch die Grenze der Rechtsfähigkeit auch die Grenze der Grundrechtsfähigkeit bildet, d.h. nichtrechtsfähige Rechtseinheiten können nicht unter Berufung auf ihre Grundrechtsfähigkeit ihre partielle Rechtsfähigkeit erweitern oder gar zur Vollrechtsfähigkeit ausbauen (2).

Nun gibt es indes - wenn auch sehr vereinzelte und zaghafte - Versuche, wirtschaftlich und gesellschaftlich mächtigen Unternehmen die Grundrechtsträgerschaft abzusprechen (3). In ähnlicher Weise wie Schritte hin zu einer partiellen Geltungskraft der Grundrechte für einige besonders mächtige Private über die Gleichstellung ökonomisch-gesellschaftlicher Macht mit der staatlichen Gewalt i.S.d. Art. 19 IV unternommen werden (4), wird versucht, besonders mächtigen Wirtschaftsunternehmen den Grundrechtsschutz streitig zu machen; und zwar mit Hilfe des einschränkenden zweiten Halbsatzes des Art. 19 III, der die Geltung der Grundrechte für juristische Personen davon abhängig macht, ob sie dem Wesen nach auf diese anwendbar sind (5). Die These, daß die heutigen Groß- und Größtunternehmen in einen "grundrechtsfreien", "quasi-öffentlichen" Status hineingewachsen, sie zu "intermediären Gewalten" geworden seien (6), mag als solche einen richtigen Kern haben (7).

(1) Dürig aaO.

(2) Dürig aaO. m.w.N. in Fn. 4

(3) Vgl. etwa Erich Küchenhoff (ZRP 1970, S. 49 f.) zur Frage der Pressekonzentration: "Der Inhaber politisch erheblicher gesellschaftlicher Macht kann nicht in demselben Maße als Grundrechtssubjekt angesehen werden wie derjenige, der solche gesellschaftliche Macht nicht hat."

(4) Vgl. oben S. 40 ff.

(5) so neuerdings speziell im Hinblick auf die Unternehmensentflechtung: Schulte-Braucks, aaO. S. 263

(6) Saladin, VVDStRL 35, 1 ff. (34 ff.); Kriele, ebenda, S. 117 f.; ähnlich Raiser, JZ 1979, S. 489 (492)

(7) Vgl. bereits oben, S. 40 ff.

Sicher gibt es auf der einen Seite das von einer einzelnen Unternehmerpersönlichkeit begründete und erfolgreich geführte Unternehmen, hinter deren überragender Ausstrahlungskraft alle übrigen beteiligten Personen und Sachmittel verblassen, auf der anderen Seite hingegen das Großunternehmen, das soziologisch als bürokratische Organisation auftritt, in der alle Entscheidungen und Aktivitäten in einen gigantischen, arbeitsteilig und kooperativ geordneten Gesamtablauf eingebettet sind und der einzelne im wesentlichen nur noch als Träger bestimmter Funktionen erscheint (1). Jedenfalls in der Konsequenz, große Unternehmen deshalb vom Grundrechtsschutz auszunehmen, kann der soeben wiedergegebenen These jedoch nicht zugestimmt werden (2). Denn trotz ihrer wirtschaftlichen Machtposition bleiben große Unternehmen in einem System der "checks and balances", das andere Unternehmen, Gewerkschaften und andere Organisationen, die ihnen entgegentreten, - bis hin zu Bürgerinitiativen aus Gründen des Umweltschutzes und Hemmungen durch einstweilige Anordnungen der Verwaltungsgerichte - errichten (3). Keinesfalls kann davon ausgegangen werden, daß Staat und Großunternehmen in einer Weise in eine unauflösbare Verschränkung geraten wären, die es rechtfertigte, von dem Verlust einer spezifisch unternehmerischen Funktion und eines grundrechtlich schutzwürdigen unternehmerischen Interesses im Verhältnis zum Staat als Gegenpart zu sprechen (4). Das Unternehmen als Staat im Staat zu sehen, wäre äußerst gefährlich (5). In diesem Sinne von einer grundrechtlich nicht geschützten Autonomie der Großunternehmen zu sprechen, könnte letzten Endes zur Leugnung der privatwirtschaftlichen Ordnung der Wirtschaft führen (6). Auch die Großunternehmen bleiben Bestandteile einer grundsätzlich vom Staatlichen zu trennenden gesellschaftlichen Sphäre. So hat denn auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil über die Verfassungsmäßigkeit der paritätischen Mitbestimmung

(1) Raiser, JZ 1979, S. 489

(2) Selmer, aaO. S. 20 f. m.w.N. in Fn. 29

(3) H.P.Ipsen, VVDStRL 35, 146 f.

(4) Selmer, aaO. S. 21

(5) Stern, VVDStRL 35, 153

(6) Rüfner, VVDStRL 35, 154

grundrechtliche Beeinträchtigungen der betroffenen Unternehmen als solche untersucht (1), wenngleich es für Großunternehmen beispielsweise eine erhöhte Sozialbindung des Eigentums gemäß Art. 14 I Satz 2 i.V.m. Art. 14 II bejaht und dabei auch auf die in der Bundesrepublik weit fortgeschrittene Konzentration abgestellt hat (2).

Was aber hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 19 III auf Wirtschaftsunternehmen im Sachbereich der Mitbestimmung gilt, muß im Sachbereich der Unternehmensentflechtung erst recht gelten. Denn wirkungsmäßig unterscheidet sich die Unternehmensentflechtung von der Mitbestimmung folgendermaßen: Die Unternehmensentflechtung beeinträchtigt auch das (Außen-) Handeln der Gesellschaft als solcher, eben weil sie umstrukturiert oder zerschlagen wird. Bei der Mitbestimmung hingegen könnte man - ohne daß die Frage an dieser Stelle weiter vertieft werden soll - einen Grundrechtsschutz der mitbestimmten Aktiengesellschaft als solcher deshalb versagen, weil auch nach Einführung der qualifizierten Mitbestimmung die juristische Person nach wie vor so handeln kann, wie sie es in ihrer Autonomie durch ihre zuständigen Organe selbst bestimmt (3). Die Entflechtung greift demgegenüber mit ganz anderer Zielrichtung und Intensität in die Autonomie des Unternehmens ein. Durch sie wird das Unternehmen, die juristische Person (i.S.d. Art. 19 III) als solche betroffen.

Es ist nach alledem festzustellen, daß auch die als Gegenstand von Entflechtungsmaßnahmen in Betracht kommenden Unternehmen als solche nach Art. 19 III Grundrechtsschutz genießen. Gleichwohl kann der grundrechtliche Existenzschutz der juristischen Person in der Sache von vornherein nicht weiter gehen als der Freiheitschutz für die Gesamtheit der Aktionäre bzw. derjenigen, die hinter der juristischen Person stehen (4).

- (1) E 50, 290 ff. (339 f., 351 ff., 363 f.); grundsätzlich zustimmend: Raiser, JZ 1979, S. 489 (491), der jedoch für eine zurückhaltendere und differenziertere Anwendung des Art. 19 III auf Wirtschaftsunternehmen eintritt.
- (2) aaO. S. 352; vgl. auch Schulte-Braucks aaO. S. 264
- (3) Schwerdtfeger, Zur Verfassungsmäßigkeit der paritätischen Mitbestimmung, S. 58; anders aber: BVerfGE 50, 290 (351 f.)
- (4) Schwerdtfeger, aaO. S. 59 und Mitbestimmungen und Grundgesetz, S. 246

Soweit jedoch einzelne Maßnahmen im Rahmen einer Entflechtung (denkbar etwa der Entzug von Warenzeichen oder Patentrechten) die Handlungsparameter der Gesellschaft eingrenzen, bedarf es des Art. 19 III, weil hier die Grundrechte der Gesellschafter nicht ausreichen würden, um solche Einzelhandlungen der juristischen Person zu schützen. Nur für diesen Bereich ist daher der Streit um die Grundrechtsfähigkeit großer Wirtschaftsunternehmen mit einem umfangreichen sozialen und ökonomischen Machtpotential in unserem Zusammenhang von Erheblichkeit. Ansonsten aber liegt auch der materiell-rechtliche Problemkern der Unternehmensentflechtung in der Sphäre der Aktionäre (1). Dies entspricht auch der grundsätzlichen Sicht des Art. 19 III durch das Bundesverfassungsgericht: "Das Wertsystem der Grundrechte geht von der Würde und Freiheit des einzelnen Menschen als natürliche Person aus. Die Grundrechte sollen in erster Linie die Freiheitssphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen. Von dieser zentralen Vorstellung her ist auch Art. 19 III auszulegen und anzuwenden. Sie rechtfertigt eine Einbeziehung der juristischen Person in den Schutzbereich der Grundrechte nur, wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der Durchgriff auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll oder erforderlich erscheinen läßt." (2)

- (1) Gleiches gilt bereits für die Mitbestimmungsproblematik, s. Schwerdtfeger, Zur Verfassungsmäßigkeit der paritätischen Mitbestimmung, S. 59
- (2) BVerfGE 21, 362 (369); dieser "Durchgriffstheorie" zustimmend: Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 19 III Rnr. 1 ff.; modifizierend: Rupp-von Brünneck, in: FS für Adolf Arndt, S. 349 (361)

- (5) Gesetzgeberische Zwecke und Ziele der Unternehmensentflechtung jeweils im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Positionen für eine allgemeine Unternehmensentflechtung

"Von grundsätzlicher Bedeutung für die Konzeption einer entsprechenden Entflechtungsregelung im deutschen Recht ist die Frage nach der Zielsetzung, an welcher die zu schaffende Norm ausgerichtet werden soll." Diese Feststellung der Monopolkommission (1) folgt der Erkenntnis, daß Ziel und Zweck eines Gesetzes eine wesentliche Grundlage für seine verfassungsrechtliche Überprüfung bilden (2). Denn die Frage nach der Einhaltung der allgemeinen und besonderen grundrechtlich-rechtsstaatlichen Anforderungen läßt sich zumeist nur unter Berücksichtigung der mit der Regelung verfolgten Ziele sachgerecht beantworten (3). Dabei trifft den eingreifenden Staat eine Begründungs- und Darlegungspflicht, die Pflicht nämlich, nachzuweisen, daß der grundrechtsbeschränkende Eingriff in der ihm innewohnenden Intensität durch überwiegende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist (4).

Maßnahmen der Unternehmensentflechtung kommen auf der einen Seite als wettbewerbspolitisches Aufsichts- und Gestaltungsmittel in Betracht, wobei diese Zielsetzung gleichzeitig institutionell (d.h. mehr im Sinne einer objektiven Schutzgewährleistung für die Institution Wettbewerb) und individual-freiheitsrechtlich (d.h. mehr im Sinne eines Schutzversprechens für die individuellen Entfaltungsfreiheiten der potentiellen Wettbewerber) bestimmt ist (5).

- (1) HauptGA III, Tz. 702
(2) BVerfGE 15, 167 (192)
(3) Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 15 m.w.N. in Fn. 3
(4) aaO. S. 33
(5) siehe Hoppmann, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 61 ff. (103 f.), der sich allerdings ausdrücklich gegen eine Dichotomie von Institutions- und Individualschutz ausspricht.

Auf der anderen Seite können sie in ein gesellschafts- oder sozialpolitisches Ziel- und Mittelsystem eingebettet sein (1). Letzteres ist bei Zielsetzungen wohlfahrtsökonomischer, verteilungspolitischer, regionalpolitischer, industriestrukturpolitischer oder sonstig gesellschaftspolitischer Art der Fall (2).

Wie sind nun die unter der 1. Fragestellung herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Kollisionsnormen übermäßiger Konzentration in der Wirtschaft mit diesen unterschiedlichen Zielsetzungen zu koordinieren? Welche gesetzgeberischen Ziele werden jeweils verfolgt, wenn zum Schutz bestimmter verfassungsrechtlicher Kollisionsnormen zum Instrument Unternehmensentflechtung gegriffen wird?

(a) Grundrechtliche Kollisionsnormen

Soweit es um grundrechtliche Kollisionsnormen geht (3), paßt ihre Berücksichtigung als verfassungsrechtliches Argument gegen wirtschaftliche Konzentration durchaus noch in den Rahmen wettbewerbsspolitischer Zielsetzungen der Unternehmensentflechtung. Denn über den Schutz der Institution Wettbewerb wird wirtschaftlicher Fortschritt ebenso wie die Sicherung bestimmter grundrechtlich geschützter wirtschaftlicher Freiheiten bewirkt (4), "weil der Wettbewerb ein plurilaterales Freiheitssystem ist, dessen Eigenart darin liegt, daß es im freien Spiel der wettbewerblichen Vektoren hohe Elastizität und Anpassungsfähigkeit mit einem ebenso komplizierten wie effektiven und stabilen System der Selbststeuerung und Balance verbindet und dabei neben volkswirtschaftlicher Ertragskraft für alle ein Maß an Freiheit gewährt, das kein anderes bisher bekanntes Wirtschaftssystem zu bieten in der Lage ist" (5).

(1) Vgl. Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 17 ff.

(2) aaO. S. 19

(3) Vgl. oben 1. Fragestellung sub b) bb) (2), S. 73 ff.

(4) Hoppmann aaO. S. 104

(5) Rupp, in: Tuchtfeldt, Soziale Marktwirtschaft im Wandel, S. 91 ff. (111)

(b) Die besondere Funktion des Art. 14 II GG

Eine Ausnahme im Hinblick auf die Zweckbestimmung von Unternehmensentflechtungen bildet im Rahmen grundrechtlicher Kollisionsnormen lediglich Art. 14 II (1). Werden Entflechtungsregelungen deshalb geschaffen, um die Sozialpflichtigkeit des Eigentums zu gewährleisten, also um den Appell des Grundgesetzes an den Unternehmer als Eigentümer zu mehr Wirksamkeit zu verhelfen, sind es nicht mehr allein wettbewerbspolitische Zielsetzungen, die den Gesetzgeber leiten. Vielmehr dürften Entflechtungsmaßnahmen "zum Wohle der Allgemeinheit" - zumindest auch - gesellschaftspolitisch motiviert sein, nämlich beispielsweise wohlfahrtsökonomisch, verteilungspolitisch, regionalpolitisch, industriestrukturpolitisch oder sonst gesellschaftspolitisch (2).

Denn das gesellschaftspolitische Ordnungsargument richtet sich inhaltlich gegen die (übermäßige) Kumulierung von Eigentum und die Entstehung (übermäßiger) wirtschaftlicher Macht (3), und die Sozialpflichtigkeitsklausel des Art. 14 II ist ein verfassungsrechtliches Instrument, um durch die individuelle Begrenzung der konkreten Nutzungsfunktion eine "äußerliche" Eigentumsbeschränkung zu erreichen (4), mithin jenes gesellschaftspolitische Ziel anzustreben. Die Machtschranke des Art. 14 II läßt sich mit Scholz (5) so definieren: "Das einzelne Wirtschaftssubjekt darf zwar gesellschaftliche Macht erwerben und ausüben; die konkrete Nutzung muß aber gemeinverträglich im Sinne der sozialen Rücksichtnahme auf die Belange der anderen Wirtschaftssubjekte sein."

(1) Vgl. dazu oben S. 65 f.

(2) Scholz aaO. S. 19

(3) Scholz, KK und GG, S. 61

(4) aaO. S. 63

(5) aaO. S. 63 f.

(c) Das Sozialstaatsprinzip

Insofern als verfassungsrechtliche Argumente für die Einführung einer Entflechtungsregelung aus dem Sozialstaatsprinzip als gleichsam dogmatischer Katalysator grundrechtlicher Wertentscheidungen hergeleitet werden, stehen diese in einem wettbewerbspolitischen Ordnungszusammenhang. Soweit jedoch das Sozialstaatsprinzip als objektive Verfassungsgarantie auch materiale Argumente für die Auflösung wirtschaftlicher Konzentration durch Unternehmensentflechtungen liefert (1), treten mehr und mehr gesellschaftspolitische Zielsetzungen in den Vordergrund. Eine auch aus dem Sozialstaatsprinzip veranlaßte Unternehmensentflechtung wird immer auch Zielsetzungen wohlfahrtsökonomischer, verteilungspolitischer, regionalpolitischer, industriestrukturpolitischer oder sonstig gesellschaftspolitischer Art verfolgen. Dann aber droht sich in der Tat jene Gefahr zu verwirklichen, die Klaus Stern (2) als das Ergebnis einer heute vielfach überzogenen Vorstellung vom Inhalt des Sozialstaatsprinzips konstatiert, die Gefahr nämlich, daß die Sozialstaatsklausel zur großen Verheißung hochstilisiert wird, die als Rechtfertigung für die verschiedensten Postulate bis zur gesellschaftspolitischen Alternativverfassung und zum Programm des demokratischen Sozialismus dient.

Eine sozialstaatlich motivierte Unternehmensentflechtung sollte aus diesen Gründen auch nur wettbewerbspolitische Ziele und Zwecke verfolgen. Das Sozialstaatsprinzip als Argument für die Beseitigung von Konzentration in der Wirtschaft nur dann eingesetzt werden, wenn es der Sicherung von grundrechtlich geschützten Freiheitsräumen dient (3). Denn dann wird das Sozialstaatsprinzip allein als Argument für eine effiziente Wettbewerbspolitik herangezogen, verstanden als Individualschutz, der zwangsläufig gleichzeitig mit dem Institutionsschutz gewährt wird (4).

(1) Vgl. oben I. Fragestellung sub b) bb) (3), S. 114 ff.

(2) Staatsrecht, Bd. I, S. 685; Vgl. auch bereits oben S. 116 ff.

(3) Vgl. dazu bereits oben, insbesondere S. 60 ff.

(4) Vgl. dazu soeben S. 164 mit dem Nachw. in Fn. 4

(d) Die Kompetenznorm des Art. 74 Nr. 16 GG

Wird Art. 74 Nr. 16 als Kompetenznorm mit auch materiellem Gehalt herangezogen, um den verfassungsrechtlichen Argumentationsrahmen für eine Beseitigung von Konzentration in der Wirtschaft durch Unternehmensentflechtungen zu erweitern (1), hält sich dies im Rahmen einer wettbewerbspolitischen Zielsetzungen verpflichteten Unternehmensentflechtung. Denn die (wichtige) Frage der politischen Einflußnahme durch Ausübung wirtschaftlicher Machtstellung wird in Art. 74 Nr. 16 nicht behandelt (2). Die Bestimmung ist zu lesen als: Verhütung des wirtschaftlichen Mißbrauches wirtschaftlicher Machtstellung (3).

Eine gesellschaftspolitische Motivation kann bei dieser Interpretation von vornherein ausgeschlossen werden. Es bleibt also der Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung beschränkt auf solche zu mißbilligenden Verhaltensweisen, die den wirtschaftlichen Wettbewerb beeinträchtigen. Eine weitergehende gesellschaftspolitische Ordnungsanweisung wird dem Art. 74 Nr. 16 nicht entnommen.

(e) Das Freiheits- und Demokratieprinzip

Wenn Unternehmensentflechtung als Maßnahme eingesetzt wird, um Beeinträchtigungen einer funktionstüchtigen parlamentarischen Demokratie durch wirtschaftlich und mithin (möglicherweise) politisch mächtige Unternehmen entgegenzuwirken (4), treten wettbewerbspolitische Zweckausrichtungen vollständig hinter gesellschaftspolitische Zielvorstellungen zurück. Dann aber muß der Gesetzgeber im Rahmen seines Begründungszwanges (5) dies offen aussprechen: Er darf nicht gewissermaßen unter dem Deckmantel des Wettbewerbsrechts Regelungen schaffen, die nicht mehr primär den wirtschaftlichen Wettbewerb schützen, sondern eine politisch gewünschte gesellschaftliche Machtstruktur ermöglichen sollen.

(1) Vgl. oben S. 127 ff.

(2) Ingo von Münch, GG, Art. 74, Rnr. 16

(3) ebenda

(4) Vgl. dazu oben S. 132 ff.

(5) Vgl. dazu Selmer, S. 33

(f) Die Sozialisierungsermächtigung (Art. 15 GG)

Gesellschaftspolitische Argumente allein sind auch ausschlaggebend, wenn die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 bemüht wird, um eine Grundentscheidung des Verfassungsgebers für Entflechtungsmaßnahmen zu belegen (1). Im Rahmen des Art. 15 kann es eindeutig nicht mehr um Wettbewerbspolitik, es darf vielmehr nach der ausdrücklichen Zweckbestimmung des Art. 15 nur um "Zwecke der Vergesellschaftung" gehen. Dabei ist Vergesellschaftung das materielle Ziel, das mit der Überführung zu Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft verfolgt werden soll (2). Mag auch der Begriff Vergesellschaftung in dieser Verwendung inhaltlos und daher ausfüllungsbedürftig sein (3), so ist er jedenfalls nicht wettbewerbspolitisch geprägt. Somit steht fest, daß das Ziel, private Monopolstellungen zu beseitigen, um Nachteile für die Gesamtwirtschaft durch Vergesellschaftung aufzuheben, Art. 15 also nur als Hilfsmittel der staatlichen Wirtschaftspolitik einzusetzen, nicht vom Verfassungsgeber als Sozialisierungszweck gewollt ist (4). Will man Entflechtungsmaßnahmen auf die Sozialisierungsermächtigung stützen, muß man daher die zulässigen Zwecke der Sozialisierung - gegen den Wortlaut des Art. 15 - um die Wettbewerbspolitik erweitern oder aber gesellschaftspolitische Erwägungen in den Vordergrund schieben. Letzteres setzt dann jedoch voraus, daß der Gesetzgeber sich offen zu der gesellschaftspolitisch motivierten Unternehmensentflechtung bekennt und nicht wettbewerbsschützende Ziele vorschiebt (5).

Unternehmensentflechtungen zum Schutze des Freiheits- und Demokratieprinzips des Grundgesetzes oder mitbestimmt von der Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 hätten dementsprechend auch keinen Platz in dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (6).

- (1) Vgl. oben 1. Fragestellung sub b) ee), S. 144 ff.
- (2) Krüger, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 267 ff. (270)
- (3) Vgl. zu den idealen und realen Motiven der Sozialisierung: Krüger aaO. S. 270 ff.
- (4) von Mangoldt-Klein, Art. 15, Anm. IV.2.; Kimminich, in: BK, Art. 15 Rnr. 37
- (5) Vgl. auch bereits soeben sub e), S. 167
- (6) Vgl. Harms, in: FiW Heft 81, S. 43 ff. (74)

bb) Die Grundrechte im einzelnen

Den Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Entflechtungsregelung bilden dieselben Grundrechte, die andererseits sich zu einem Appell an den Gesetzgeber zur Einführung der Unternehmensentflechtung verdichten können. Schon dies verdeutlicht, daß der Gesetzgeber zur Lösung von Grundrechtskollisionen aufgerufen ist, Entflechtungsregelungen eine Aufgabe "grundrechtsoptimierender Konfliktlösung" (1) sind. Ausgangspunkt bei der Bestimmung der einschlägigen Grundrechte ist die Feststellung, daß es eine explizite Gewährleistung einer Freiheit zur wirtschaftlichen Konzentration im Grundgesetz nicht gibt und auch gar nicht geben kann, da die zur Konzentration und zur Marktmacht führenden Vorgänge zu komplex sind - so komplex wie unternehmerisches Handeln überhaupt (2) -, als daß sie allein durch ein Grundrecht thematisch zu erfassen wären.

(1) Die Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG

Im Mittelpunkt der Frage nach der grundrechtlichen Zulässigkeit von Unternehmensentflechtungen steht die Garantie des Eigentums durch Art. 14 I. "Geschichtlich und in ihrer heutigen Bedeutung ist diese ein elementares Grundrecht, das im engen inneren Zusammenhang mit der persönlichen Freiheit steht. Ihr kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen;

(1) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 136

(2) Vgl. zu den Konsequenzen der Komplexität unternehmerischen Handelns für die grundrechtlichen Maßstäbe: Badura/Rittner/Rüthers, S. 190 ff.

die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Privateigentums als Rechtseinrichtung dient der Erfüllung dieser Aufgabe" (1). Art. 14 ist dementsprechend auch die von Unternehmensentflechtungen zentral berührte Vorschrift (2), da sie grundsätzlich jedes vermögenswerte Recht, die freie und privatnützige Verfügung über dieses Recht durch seinen Inhaber und die prinzipielle freie Disposition über den sachlichen, ökonomischen sowie sonstigen Nutzen dieses Rechts schützt (3). Als Grundrecht räumt Art. 14 dem Bürger also ein subjektives verfassungskräftiges Recht auf Achtung und Nichtbeeinträchtigung seines Eigentums durch den Staat bzw. die sonstigen Träger der öffentlichen Gewalt ein, wodurch, wenn auch mit gewissen Vorbehalten, die sich aus den mannigfachen Durchbrechungsmöglichkeiten ergeben, jedem einzelnen Bürger sein jeweiliger Vermögensstand gewährleistet und gegen staatliche Eingriffe abgesichert wird (4). In seiner zweiten Dimension legt der Art. 14 aber auch noch fest, daß das Eigentum als solches, d.h. also die Einrichtung bzw. das Rechtsinstitut Eigentum, den Schutz der Verfassung genießt (5).

- (1) BVerfG NJW 1979, S. 699 (702); vgl. auch BVerfGE 24, 367 (389)
- (2) Möschel, Entflechtungen, S. 135; Schulte-Braucks, S. 263; Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 137; Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 21 m.w.N. in Fn. 34; Möhring, in: FS zum 50-jährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, S. 345 ff. (351 f.)
- (3) Scholz aaO., S. 137 m.w.N. in Fn. 3
- (4) Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 14, Rnr. 3
- (5) aaO. Rnr. 4; zum institutionellen Garantiegehalt der Grundrechte vgl. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 170 ff.

(a) Die Grundrechtssubjekte und ihre Grundrechtsfähigkeit im Hinblick auf die jeweils betroffene Vermögensposition

Als Grundrechtssubjekte, die sich gegen Unternehmensentflechtungen auf Art. 14 berufen können, kommen alle oben (1) genannten, bis auf die angestellten Entscheidungsträger im Unternehmen in Betracht; denn letztere üben ihre unternehmerische Tätigkeit aus, ohne sich dabei auf unternehmerisches Eigentum zu stützen.

Auch die das zu entflechtende Unternehmen tragende Gesellschaft, selbst wenn sie als AG, KGaA, GmbH, e.G., VVaG oder bergrechtliche Gewerkschaft juristische Person ist, genießt gemäß Art. 19 III den Schutz des Art. 14, soweit ihre Mitglieder Privatpersonen sind, da Vermögenspositionen ihrem Wesen nach auch auf juristische Personen anwendbar sind (2).

Die von Entflechtungsmaßnahmen betroffene Vermögensposition des Unternehmens besteht im Produktionseigentum und dessen prinzipieller wirtschaftlicher Verfügbarkeit bzw. Privatnützigkeit (3), damit also im Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (4) oder kürzer: im Recht am Unternehmen (5). Um einer uferlosen Ausweitung des Grundrechtsschutzes aus Art. 14 durch eine Überdehnung der Begriffsformel des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes entgegenzutreten, muß das Produktionseigentum restriktiv ausgelegt werden als der substantielle Bestand des Unternehmens (Gewerbebetriebs),

(1) S. 152

(2) Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 14, Rnr. 5; Dicke, in: von Münch, GG, Art. 14 Rnr. 5; vgl. auch BVerfG NJW 1979, S. 699 (703)

(3) Scholz aaO. S. 90 m.w.N. in Fn. 32

(4) Vgl. dazu z.B.: BVerfGE 1, 264 (277); 13, 225 (229); 18, 85 (90); 22, 380 (386 f.); 45, 142 (173); BVerwGE 3, 254 (256); BGHZ 23, 157 (162 ff.); 45, 83 (87 ff.); 45, 150 (154 ff.); 48, 58 (60 ff.); 48, 65 (66 ff.); 49, 231 (236 ff.); Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 14 Rnr. 32

(5) Scholz aaO., 141

der Kern seiner wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeit, die freie Verfügung über das unternehmensmäßige Wirtschaftssubstrat, die freie Disposition über den ökonomischen Einsatz und die gewerbliche Nutzung des Unternehmens bzw. seiner Wirtschaftsgüter und die tatsächliche Sachherrschaft über die betrieblich - technischen Einheiten (1). In den so eingegrenzten Kernbereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes greift die Unternehmensentflechtung - jedenfalls die entziehende - substantieller und massiver ein, als andere Maßnahmen der Wirtschaftsaufsicht, wie etwa staatliche Preisdirigismen. Letztere beispielsweise finden Art. 14 nur in solchen Fällen als grundrechtlichen Prüfungsmaßstab, in denen Höchstpreise es Unternehmen nicht mehr gestatten, langfristig ihre Gesamtkosten über die Absatzpreise abzudecken bzw. kurzfristig wenigstens noch die variablen Kosten vergütet zu erhalten (2) und die Unternehmen in ihrer Substanz treffen.

Als von der Unternehmensentflechtung betroffene Grundrechtssubjekte kommen sodann auch die Anteilseigentümer (in erster Linie Aktionäre und GmbH-Gesellschafter) in Betracht, da auch sie den Schutz des Art. 14 genießen. Das Anteilseigentum ist in seinem vermögensrechtlichen und mitgliedschaftsrechtlichen Element gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum (3). Es zeigt sich also, daß Art. 14 sowohl auf die Anteilseigner als auch auf das Unternehmen als solches anwendbar ist. Dies entspricht der Erkenntnis, daß in der Kapitalgesellschaft der Gebrauch des Eigentums und die Verantwortung für diesen Gebrauch auseinanderfallen (4) mit der verfassungsrechtlichen Konsequenz, daß dort, wo der personale Bezug relativ gering, der soziale Bezug dagegen stärker ausgeprägt ist, vom Bundesverfassungsgericht eine stärkere Einschränkung des Grundrechts aus Art. 14 zugelassen wird,

(1) Scholz aaO. S. 142, der in dieser Weise die "Zweifel" des Bundesverfassungsgerichts (NJW 1980, S. 383 (386)) an der eigenständigen Gewährleistungsqualität des "Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" versteht.

(2) Schmidt-Preuß, S. 157

(3) BVerfG NJW 1979, S. 699 (703); zum Schutz der Aktie durch Art. 14 vgl. Scholz, aaO. S. 106 m.w.N. in Fn. 109 und Badura/Rittner/Rüthers, S. 201 ff.

(4) BVerfG NJW 1979, S. 699 (703)

wenngleich es "nichtpersonenbezogene" Unternehmen nicht gibt(1), da jedes Unternehmen einer personalen Einheit bezogen, zugeordnet, getragen und verantwortet ist (2), und auch großen Unternehmen der Grundrechtsschutz daher nicht generell versagt werden kann (3).

Fraglich ist, ob auch unter Art. 14 zu subsumierende Rechtspositionen von Arbeitnehmern durch Unternehmensentflechtungen betroffen sein können. Dies ist zu bejahen (4), wenn man davon ausgeht, daß Unternehmensentflechtungen unter Umständen negative Auswirkungen auf die Ausgestaltung der Sozialleistungen der betroffenen Unternehmen haben können, da die Sozialleistungen von Großbetrieben gegenüber Kleinbetrieben weit besser ausgebaut sind (5), wobei die dem Arbeitnehmer gewährten Sozialleistungen (etwa eine zusätzliche betriebliche Altersversorgung, zusätzliche betriebliche Unterstützungen bei Krankheit oder Invalidität, betriebliche Erholungsheime oder andere soziale Einrichtungen oder Maßnahmen des Unternehmens zur Berufsausbildung und -fortbildung) unter den Schutz des Art. 14 fallen, jedenfalls dann, wenn - z.B. aufgrund tarifvertraglicher Festschreibung - ein Anspruch auf sie besteht. Schutzwürdige Interessen Dritter können auch dadurch berührt sein, daß die Unternehmensentflechtung zur faktischen Vernichtung bestimmter Forderungsrechte führt und damit das Eigentum des jeweiligen Gläubigers an diesem Forderungsrecht verletzt (6).

(1) so aber Raiser, JZ 1979, S. 489

(2) Rittner, JZ 1979, S. 489

(3) BVerfG NJW 1979, S. 699 (703); vgl. auch Schulte-Braucks, S. 264; s. zum ganzen auch bereits oben S. 157 ff. (159 f.)

(4) Daß die Arbeitnehmer in gleicher Weise wie die Anteilseigner in bezug auf ihre Arbeit im Wirtschaftsunternehmen durch Art. 14 I geschützt sind, hebt Raiser (JZ 1979, S. 489 (495)) hervor.

(5) Vgl. oben S. 112 mit dem Nachweis in Fn. 4

(6) Scholz aaO. S. 225

Es ist daher entweder detailliert zu regeln, wer für die Verbindlichkeiten eines zwangsaufgelösten Unternehmens haftet (1), wobei der Dritte - etwa durch ein Gesamtschuldverhältnis der Nachfolger - ausreichend abzusichern, oder aber dem Dritten für seine Rechtsausfälle ein Entschädigungsanspruch entsprechend Art. 14 III zu gewähren ist (2); denn die Sozialbindung des Eigentums gemäß Art. 14 II läßt eine Rechtsbeeinträchtigung von Gläubigern bzw. überhaupt von entflechtungsbetroffenen Dritten nicht zu, weil für diese keine entflechtungspolitisch begründete Sozialpflichtigkeit besteht (3).

Insoweit gewährleistet der Vorschlag der Monopolkommission (4) den Drittschutz nicht in dem verfassungsrechtlich gebotenen Umfang, da er es lediglich bei der generalklauselartigen Formulierung beläßt: "Bei der Entflechtung von Unternehmen sind unter Wahrung der Belange Dritter diejenigen Maßnahmen anzuordnen, die mit dem geringsten Aufwand und der geringsten Belastung zum Ziele führen."

(b) Die verschiedenartige Durchführung von Unternehmensentflechtungen im Hinblick auf Art. 14 GG

Je nach der Durchführung und den Mechanismen der Unternehmensentflechtung im Einzelfall ergeben sich im Hinblick auf den Schutzbereich des Art. 14 ganz unterschiedliche Auswirkungen. So kann Unternehmensentflechtung lediglich zu einer Eigentumsumschichtung führen, die dem Eigentümer häufig sogar Gewinne beschert und nur selten Eigentumsverluste mit sich bringt (5).

(1) zum Gläubigerschutz vgl. Möschel, Entflechtungen, S. 120 ff.

(2) Scholz, KK und GG, S. 59 f.

(3) ebenda und Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 225; zur Frage, ob Unternehmensentflechtung eine Ausprägung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums oder entschädigungspflichtige Enteignung ist, s. u. S. 178 ff.

(4) HauptGA III, Tz. 764; vgl. oben S. 20 f.

(5) Schulte-Braucks, S. 264 und S. 104 ff.

Deshalb ist auf die bereits getroffene Unterscheidung zwischen der entziehenden und der lediglich umgestaltenden Entflechtung zurückzukommen (1). Erstere greift in die Substanz des Unternehmens ein und vollzieht sich damit ohne weiteres im Schutzbereich des Art. 14 I, während letztere die vermögensmäßige Substanz unangetastet läßt (2). Gleichwohl unterfällt auch die umgestaltende Entflechtung der Thematik des Art. 14. Denn Art. 14 schützt nicht nur das Innehaben einer vermögenswerten Position vor Entzug, sondern auch die durch das Eigentum begründete Fähigkeit, Sachen und Rechte eigenverantwortlich zu nutzen und über sie zu verfügen (3). In den Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 fallen also alle Maßnahmen der Unternehmensentflechtung wie immer sie im einzelnen auch ausgestaltet sein mögen. Die Vielfalt der rechtstechnischen Möglichkeiten genauer aufzuschlüsseln, ist lediglich erforderlich, um zwischen Inhaltsbestimmung, Sozialbindung und Enteignung abzugrenzen (4).

(c) Art. 14 GG und die Eingriffsvoraussetzungen
eines Entflechtungsgesetzes

Von den Eingriffsvoraussetzungen her paßt schon auf den ersten Blick die mißbrauchsorientierte Unternehmensentflechtung weit- aus unproblematischer als die ausschließlich an strukturelle Merkmale anknüpfende Unternehmensentflechtung in das verfassungs- rechtlich als zulässig erachtete Arsenal staatlicher Beschrän- kungen des Eigentums. Denn auch und gerade die Eigentumsgarantie des Art. 14 I ist eingebettet in ein auf Handlungsfreiheiten be- ruhendes Privatrechtssystem, so daß Unternehmensentflechtung als staatliche Reaktion auf objektives Verhaltensunrecht des betrof- fenen Wirtschaftssubjektes systemgerecht erscheint.

(1) s. o. S. 154 f.

(2) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 62 m.w.N. in Fn. 7

(3) Bäumler, Staatliche Investitionsplanung unter dem Grund- gesetz, S. 39 m.w.N. in Fn. 63

(4) s. dazu unten sub (e) S. 178 ff.

Auch eine an Marktstrukturkriterien anknüpfende Unternehmensentflechtung, die auf Marktanteile bzw. den Konzentrationsgrad abstellt (1), erscheint im Hinblick auf Art. 14 immer noch systemgerechter als eine allein an absoluten Größenkategorien (z.B. Umsatzerlöse, Zahl der Beschäftigten oder Bilanzsumme) orientierte Unternehmensentflechtung, bei der nicht mehr so leicht einsehbar wäre, daß sie den Mißbrauch, jedenfalls aber Deformationen der wirtschaftlichen Eigentumsordnung bekämpft, und die sich zudem ausschließlich mit gesellschaftspolitischen Zielen begründen ließe (2). Eine Gesetzgebung, die internes oder externes Unternehmenswachstum nur bis zu einer absoluten meßbaren Grenze zuließe, käme nur allzu leicht in den Verdacht, das Grundrecht des Art. 14 in seinem Wesensgehalt (Art. 19 II) anzutasten. Denn es ist die Frage, was von dem Grundrecht auf Eigentum für ein Unternehmen bzw. einen Unternehmer noch übrigbleibt, wenn es nur bis zur Hervorbringung eines Unternehmens von einer bestimmten Größenordnung befähigt, um dann durch die Unternehmensentflechtung beeinträchtigt zu werden, ohne daß festgestellt werden muß, daß ein (Eigentums-) Mißbrauch oder doch jedenfalls eine deformierte Struktur der Eigentums- und Wirtschaftsordnung oder sogar beides vorliegen muß.

(d) Gesetzgeberische Zwecke und Ziele im
Hinblick auf Art. 14 GG

Der verfassungsrechtlichen Würdigung unterliegen auch die Gründe, mit denen der Gesetzgeber seinen Eingriff in die Grundrechtssphäre rechtfertigt (3). Grundsätzlich sind sowohl wettbewerbs- als auch gesellschaftspolitische Ziel- und Zweckbestimmungen geeignet, die verfassungsrechtliche Legitimation für einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 abzugeben.

(1) MK, HauptGA III, Tz. 719

(2) aaO. Tz. 718

(3) BVerfGE 25, 1 (12); vgl. auch bereits oben sub aa) (5), S. 163 ff.

Denn sowohl wettbewerbspolitische als auch gesellschaftspolitische Zielsetzungen wohlfahrtsökonomischer, verteilungspolitischer, regionalpolitischer und industriestrukturpolitischer Art finden die sie tragenden Wertentscheidungen der Verfassung in denselben Bestimmungen wie die gegen Unternehmensentflechtung sprechenden Verfassungsgarantien, nämlich in den (wirtschaftlichen) Grundrechten. Erhebliche Differenzierungen im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Legitimation - besonders im Lichte des Art. 14 - ergeben sich zwischen wettbewerbs- und sonstig gesellschaftspolitisch orientierten Unternehmensentflechtungen aber deshalb, weil bei jenen die betroffenen Grundrechtspositionen solche sind, die der Dynamik und Relativität des Wettbewerbs unterworfen und damit mehr oder weniger unselbständige Teilstationen eines ständigen Wettbewerbsprozesses sind (2). Damit sind sie nicht wie gesellschaftspolitisch motivierte Unternehmensentflechtungen schon in aller Regel als Eingriffe in eigentumsrechtlich geschützte Positionen zu verstehen (3).

Völlig wesensfremd im Hinblick auf Art. 14 aber erscheinen Eigentumseingriffe durch Unternehmensentflechtungen, um das Freiheits- und Demokratieprinzip des Grundgesetzes nicht in Gefahr zu bringen (4). Dieses gesellschaftspolitische Ziel durch entziehende Eingriffe in privates Eigentum zu erreichen, stößt vor allem deshalb auf Bedenken, weil das Eigentum, auch solches, das seinen Inhaber in eine wirtschaftliche und damit auch politische Machtstellung emporgehoben hat, dem Freiheits- und Demokratieprinzip zunächst neutral und scheinbar beziehungslos gegenübersteht.

(1) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 164

(2) aaO. S. 165

(3) Vgl. dazu oben sub IV. 1. b) dd), S. 132 ff.

Um unter dem Schutz der Eigentumsgarantie entstandene private Macht nicht zu einer Gefahr für die Unabhängigkeit politischer Entscheidungsträger, mithin für das Freiheits- und Demokratieprinzip werden zu lassen, ist die demokratische Legitimation dieser Macht etwa durch Mitbestimmung sicher derjenige Weg, der zunächst eingeschlagen werden sollte (1), wengleich natürlich auch dadurch der Schutzbereich des Art. 14 betroffen ist.

Jedoch determinieren die Grundrechte den Gesetzgeber nicht derart, daß eine Einschränkung bestimmter Grundrechte durch bestimmte äußerst massive Maßnahmen nur unter der Verfolgung ganz bestimmter Zweck- und Zielbestimmungen verfassungsrechtlich zulässig wäre. Deshalb kann letztlich auch eine zur Wahrung und Förderung des Demokratie- und Freiheitsprinzips vorgenommene Unternehmensentflechtung nicht schon deshalb verfassungswidrig sein, weil diese Zielsetzung Eigentumseingriffe nicht rechtfertigte. Dies entspricht auch der dem Gesetzgeber von der Verfassung eingeräumten Freiheit, die Zwecke, für deren Erreichen er Grundrechtseingriffe vornimmt, selbst zu setzen, wobei diese Freiheit erst bei der Verfolgung verfassungswidriger Ziele endet.

(e) Entflechtung als Inhaltsbestimmung,
Sozialbindung oder Enteignung

Nach alledem stellt sich die Frage, auf welcher der drei Ebenen, auf denen sich gesetzgeberische Maßnahmen innerhalb des Eigentums entfalten (2), sich die Unternehmensentflechtung befindet: Ist sie Inhaltsbestimmung gemäß Art. 14 I Satz 2, Sozialbindung gemäß Art. 14 II oder Enteignung gemäß Art. 14 III? Oder paßt sie überhaupt nicht in das Eigentumsentziehungsschema des Grundgesetzes, ist sie weder Enteignung noch Sozialisierung? (3)

(1) Vgl. dazu oben S. 132 ff. (142 f.)

(2) Vgl. Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 143

(3) so Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 979

Zunächst kann weder einerseits gesagt werden, Maßnahmen der Unternehmensentflechtung stellten, da sie sich naturgemäß nur gegen große Unternehmen richten, ein Sonderopfer mithin eine Enteignung dar (1), noch andererseits, daß die Kategorie der entschädigungspflichtigen Enteignung für Maßnahmen der Unternehmensentflechtung von vornherein schon deshalb nicht in Betracht komme, weil dem zu entflechtenden Unternehmen - wie vergleichbar auch dem polizeipflichtigen Störer (2) - gewissermaßen für die Wegnahme seiner "Monopolgewinne" keine Entschädigung aus der Staatskasse gezahlt werden dürfe (3). Auch die Auffassung, daß eine zwangsweise Entflechtung bereits dann nach Enteignungsgrundsätzen zu beurteilen sei, wenn die Expansion rechtmäßig erfolgt sei und das Produkt aus Leistung und Kapitaleinsatz des Unternehmens darstelle (4), berücksichtigt nicht die Verschiedenartigkeit der Durchführungsmechanismen und deren Wirkung.

Zur Beantwortung der soeben aufgeworfenen Frage ist zunächst wieder die bereits mehrfach getroffene Differenzierung zwischen entziehender und umgestaltender Entflechtung aufzugreifen (5). Da jene dadurch gekennzeichnet ist, daß dem Unternehmen oder Konzern etwas weggenommen wird, ein Betrieb, eine Beteiligung, ein einzelnes Konzernunternehmen, und der oder die Inhaber des Unternehmens (des Einzelunternehmens oder des den Konzern beherrschenden) ein kleineres Unternehmen, einen kleineren Konzern behalten (6), verlieren sie etwas von der Substanz (7), womit die Grenzen der Sozialbindung hin zum enteignenden Eingriff überschritten sind (8).

- (1) Scholz, aaO. S. 155; zur Abgrenzung zwischen Sozialbindung und Enteignung: BGH NJW 1982, S. 2114 ff.
- (2) Vgl. dazu Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 14, Rnr. 65
- (3) so aber Schulte-Braucks, S. 266; ähnlich Möschel, Entflechtungen, S. 137 ff.; dagegen mit Recht Scholz, aaO. S. 157 ff. und Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 47; ähnlich: Papier, Fälle zum Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 29
- (4) Lerche, Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration, S. 91
- (5) s. o. S. 154 f.
- (6) Duden, in: FS für Böhm (1965), S. 11
- (7) ebenda
- (8) Selmer, aaO. S. 62 m.w.N. in Fn. 211

Hierher gehören auch die Zwangsfreigabe und die Zwangslizensierung von gewerblichen Schutzrechten (1). Die Auflösung von Beherrschungsverträgen oder Geschäftsbeziehungen, die Beschränkung von Stimm- oder Mitgliedschaftsrechten hingegen unterfallen als Maßnahmen der umgestaltenden Unternehmensentflechtung noch nicht dem strengen Maßstab des Art. 14 III, sondern liegen innerhalb der durch Art. 14 II umrissenen Sozialbindung (2). Pro-rata-Lösungen (3) führen für die Anteilseigner lediglich zu Vermögensumschichtungen, die Summe der Teile bleibt für sie gleich (4), so daß sie mit grundsätzlich zulässigen Umlegungen im Grundstücksverkehr verglichen werden können (5) und sich als umgestaltende Unternehmensentflechtungen im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 II) halten (6). Im einzelnen ist hier auf die verschiedenen Organisationsmodelle von Pro-rata-Lösungen zu verweisen (7).

- (1) Scholz, aaO. S. 172; vgl. auch Schulte-Braucks, S. 264 f., der im Ergebnis jedoch in Maßnahmen der Unternehmensentflechtung keine entschädigungspflichtigen Enteignungen sieht; ähnlich: Möschel, Entflechtungen, S. 140, der Zwangsfreigaben und Zwangslizensierungen als Einziehung der instrumenta sceleris einer unzulässigen Monopolisierung verstanden wissen will.
- (2) Scholz, aaO. S. 173
- (3) Vgl. dazu oben S. 25 f.
- (4) a.A. Selmer, aaO. S. 64
- (5) Möschel, aaO. S. 137 m.w.N. in Fn. 24 im Anschluß an Duden, in: FS für Böhm (1965), S. 17; a.A. Selmer, aaO. S. 64, mit der Begründung, daß die umgestaltende Entflechtung im Gegensatz zur Grundstücks-umlegung zum einen nicht gerade die Interessen der betroffenen Eigentümer verfolge und außerdem der wertmäßige status quo nicht aufrechterhalten bleibe.
- (6) MK, HauptGA III, Tz. 795
- (7) s. o. S. 25 f.

Aber auch außerhalb der entziehenden und umgestaltenden Unternehmensentflechtung, gewissermaßen diesen vorgelagert sind entflechtende Maßnahmen denkbar, etwa Erweiterungsbeschränkungen, Produktionsstops oder sonstige, in die Zukunft weisende Wachstumsbeschränkungen, die erst dann zu (faktischen) (1) Beeinträchtigungen der Eigentumsgarantie werden, wenn sie die wirtschaftliche Existenz- und Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Unternehmens in solcher Weise beschneiden, daß die Existenz- oder Wettbewerbsfähigkeit als solche verloren zu gehen droht oder wenn das Unternehmen zum inrentablen Wirtschaften gezwungen wird (2). Dies gilt im übrigen für jegliche Maßnahmen der Unternehmensentflechtung (3). Zeitigen sie diese gravierenden Folgen nicht, betreffen sie vielmehr lediglich eigentumsmäßig vermittelte Erwerbschancen, Erweiterungschancen, Wachstumsmöglichkeiten oder Rentabilitätserwartungen, erreichen sie nicht die Qualität tatbestandlicher Eigentumseingriffe (4).

Sofern Unternehmensentflechtungen Enteignungen i.S.d. Art. 14 III darstellen, stellt sich das Problem einer angemessenen Entschädigung. Nach Art. 14 III Satz 3 ist diese unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Im Unterschied zum Schadensersatz, der grundsätzlich auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtet ist, bedeutet Entschädigung: ohne Schaden stellen, Schadloshaltung, und zielt damit grundsätzlich auf die Schaffung eines gleichwertigen, dem früheren Zustand entsprechenden Zustands ab (5).

(1) Vgl. dazu Scholz, aaO. S. 172 m.w.N. in Fn. 122;
Möschel, Entflechtungen, S. 137

(2) Scholz, aaO. S. 170

(3) Da hierüber in der Literatur, soweit ersichtlich, Einigkeit besteht, läuft auch Selmers Bedenken gegen die Klassifizierung der umgestaltenden Unternehmensentflechtung als Maßnahme innerhalb der Sozialbindung des Eigentums, das in einer in concreto möglichen gravierenden wertmäßigen Diskrepanz gründet, ins Leere.

(4) MK, HauptGA III, Tz. 790, 791 im Anschluß an Scholz, aaO. S. 170 f.

(5) Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 14, Rnr. 111

Gleichwohl müssen in gewissem Umfang Vermögenseinbußen in Kauf genommen werden (1). Das beinhaltet das Prinzip der Sozialbindung des Eigentums, das bei der Enteignung in der Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit bei der Berechnung der Entschädigung seinen Niederschlag gefunden hat (2). Auf diese Weise wird bereits durch die Verfassung verdeutlicht, daß auch entschädigungspflichtige Maßnahmen entziehender Enteignung dem betroffenen Unternehmen nicht notwendig den gleichen wirtschaftlichen Wert verheißen, den das entzogene Eigentumsobjekt für seine wirtschaftliche (wettbewerbliche) Funktion verkörperte (keine Garantie des vollen Marktwertes) (3).

Da es sich bei Maßnahmen der Unternehmensentflechtung in der Regel jedoch um privatwirtschaftliche Strukturveränderungen und damit um privatrechtliche Umorganisationen handelt, müssen entflechtungsrechtliche Entschädigungsansprüche gegen den Staat - bei systemgerechter Entflechtungsgesetzgebung - die Ausnahme sein (4). Der Staat sollte hier als Anspruchsgegner gewissermaßen nur subsidiär in Betracht kommen. Die privatwirtschaftlich erbrachte bzw. privatrechtlich beschaffene Kompensationslösung liegt daher am nächsten (5) und ist denn auch etwa in an das zu entflechtende Unternehmen adressierten Verkaufsauflagen oder in Maßnahmen nach Art der Zwangslizensierung begriffsnotwendig mit enthalten. Hier kommt der Staat als Entschädigungspflichtiger allenfalls dann in Betracht, wenn der privatwirtschaftlich zu erzielende Verkaufserlös in keiner Weise den Wert des veräußerten Gutes auch nur annähernd erreicht (6), wobei indes geringfügige Werteinbußen hinzunehmen sind (7).

(1) Dicke, in: von Münch, Art. 14, Rnr. 80

(2) ebenda

(3) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 173, unter Hinweis auf BVerfGE 24, 367 (421); 41, 126 (161); BGHZ 71, 102 (126)

(4) Scholz, aaO. S. 173 f.

(5) Scholz, aaO. S. 174

(6) ebenda

(7) vgl. soeben und den Nachweis in Fn. 1 und 3

(2) Die Freiheit der Berufswahl und -ausübung
des Art. 12 I GG

Nach allgemeiner Ansicht schützt das Grundrecht der Berufs- und Gewerbefreiheit aus Art. 12 in Abgrenzung zur Thematik des Art. 14 den Erwerb, nicht das Erworbene bzw. die bereits zum substantiellen Vermögensrecht verdichtete Erwerbschance (1). Art. 12 I schützt damit auch die "Unternehmerfreiheit" im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen (2). Dabei besteht zwischen der Eigentumsgarantie des Art. 14 I und dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 I eine funktionelle Verknüpfung: In ihrem freiheitsrechtlichen Zusammenwirken vermitteln die Art. 12 I und 14 I der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit echten und wirksamen Grundrechtsschutz (3). Grundsätzlich genießen auch juristische Personen des Privatrechts, mithin auch die als Kapitalgesellschaften organisierten großen Unternehmen und Konzerne in einer von einer weit fortgeschrittenen Konzentration geprägten Wirtschaft (4) gemäß Art. 19 III den Schutz des Art. 12 I, wengleich "der Beruf ... in seiner Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im ganzen verstanden (wird), die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist ..." (5). Wegen dieses individualrechtlich-personalen Ansatzes hat der Gesetzgeber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber Großunternehmen, deren Berufsfreiheit der personale Bezug weitgehend fehlt, eine umfangreichere Regelungsbefugnis (6).

- (1) Scholz, aaO. S. 103 m.w.N. in Fn. 87; vgl. auch Gubelt, in: von Münch, Art. 12, Rnr. 93
- (2) BVerfG NJW 1979, S. 699 (709)
- (3) Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 39; Selmer, aaO. S. 22; vgl. dazu auch bereits oben S. 98 m.w.N.; zum Verhältnis von Art. 12 und Art. 14 vgl. auch Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 80 ff. und Demmer, S. 226 ff.
- (4) so ausdrücklich BVerfG, aaO. S. 708
- (5) aaO. S. 707
- (6) aaO. S. 708

Ähnlich wie im Rahmen der Eigentumsgarantie des Art. 14 I (1) stellt das Bundesverfassungsgericht dabei auch im Hinblick auf Art. 12 I auf den "sozialen Bezug" und die "soziale Funktion" unternehmerischer Betätigung ab (2). Art. 12 I ist also für die Träger großer Unternehmen stärker einschränkbar als etwa für den mittelständischen Gewerbebetrieb, mag er auch als juristische Person, etwa als GmbH, organisiert sein.

Für den Anteilseigner, jedenfalls soweit er schlichter Kapitalanleger ist, ist Art. 12 I schon thematisch nicht einschlägig. Zwar wäre die Vorstellung, daß Klein-Aktionäre in einer großen AG mit mehreren zigtausend oder gar über hunderttausend Aktionären überhaupt machtlos wären, also keinen Einfluß mehr auf die Geschäftsleitung ausüben könnten, falsch (3). Jedoch stellt diese Einflußnahme für den einzelnen Aktionär nicht regelmäßig schon die Ausübung eines Berufes dar. Thematisch nicht einschlägig ist Art. 12 I auch, soweit es um die Entflechtung finanzieller Kontrollbeteiligungen geht (4).

Der Gefahr, daß Unternehmensentflechtungen in ihrer faktischen Auswirkung zu Beeinträchtigungen der Freiheit der Berufswahl auf Seiten der Arbeitnehmer führen, konkret gesagt also Arbeitsplätze vernichten, sollte auf jeden Fall durch Ausnahmetatbestände bei Vorliegen schützenswerter sogenannter "economies of scale" begegnet werden (5).

(1) s. o. S. 172 f.

(2) BVerfG, aaO. S. 708

(3) Badura/Rittner/Rüthers, S. 71, die diese Vorstellung für noch irriger halten als diejenige, daß in einem demokratisch verfaßten Staat die Bürger keinen Einfluß auf die Regierung hätten, weil ein jeder von ihnen bei den Wahlen nur eine einzige Stimme abgeben kann.

(4) MK, HauptGA III, Tz. 800

(5) Daß Konzentration in der Wirtschaft im Interesse des Erhaltes von Arbeitsplätzen wünschenswert sein kann, belegt etwa die Tatsache, daß die Industriegewerkschaft Metall aus beschäftigungspolitischen Gründen nachhaltig einen Zusammenschluß der Hoesch AG in Dortmund und der Krupp AG in Bochum zur Ruhrstahl AG befürwortet hat (FAZ Nr. 261 vom 10. November 1982, S. 14). Vgl. kritisch dazu auch den Leitartikel von Hugo Müller-Vogg, FAZ Nr. 279 vom 2. Dezember 1982, S. 13.

Dies ist ein verfassungsrechtliches Gebot, das sich auch aus dem Übermaßverbot ableitet (1).

Ansonsten handelt es sich bei Beschränkungen des Art. 12 I durch Maßnahmen der Unternehmensentflechtung um Eingriffe in die Erwerbsfreiheit, die Leistungsfreiheit, die Produktionsfreiheit, die freie Produktionserweiterung etc., mithin in der Regel um bloße Eingriffe in die freie Berufs- und Gewerbeausübung, noch nicht um Beeinträchtigungen der Berufs- und Gewerbewahl (2). Nach der vom Bundesverfassungsgericht im sogenannten Apothekenurteil entwickelten gestuften Beschränkungs-systematik ("Drei-Stufen-Theorie") (3) - ergänzt um den Gedanken weiterreichender legislativer Befugnisse gegenüber Groß- und Größtunternehmen (4) - sind daher Entflechtungsmaßnahmen als Maßnahmen zur Regelung der Berufsausübung durch einfache Gemeinwohl-Entscheidungen gerechtfertigt, so daß zumindest gegen wettbewerbspolitisch motivierte Unternehmensentflechtungen im Hinblick auf Art. 12 I keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben werden können (5). Etwas anderes gilt indes, wenn die Entflechtung im einzelnen Fall zum wirtschaftlichen Ruin des Unternehmens führt, da sie dann in ihrer tatsächlichen Auswirkung zu einer Beschränkung der freien Berufswahl führen würde (6), indem nämlich das Unternehmen bzw. der Unternehmer das ihm selbständige Erwerbstätigkeit garantierende Wirtschaftsunternehmen verliere (7). Eine Entflechtungsgesetzgebung müßte deshalb bei existenziellen Bedrohungen des betroffenen Unternehmens Entflechtungsbefreiungen bereit halten, um vor Art. 12 I Bestand zu haben (8).

(1) s. dazu auch unten S. 200 ff. (213)

(2) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 103 und 183; entsprechend im Anschluß daran MK, HauptGA III, Tz. 801; Schulte-Braucks, S. 274, argumentiert sehr pointiert, daß der Berufswunsch "Monopolist" von Art. 12 nicht geschützt werde.

(3) E 7, 377 (400 ff.)

(4) s. soeben S. 183 f.

(5) MK, HauptGA III, Tz. 801 im Anschluß an Scholz, aaO. S.184 f.

(6) Scholz ebenda

(7) Vgl. dazu auch oben S. 86 m.w.N. in Fn. 3

(8) Scholz, aaO., S. 185

(3) Die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit
aus Art. 9 I und III GG

(a) Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG

Die Koalitionsfreiheit (Art. 9 III) ist durch Maßnahmen der Unternehmensentflechtung schon thematisch nicht betroffen, da die zu entflechtenden Wirtschaftsunternehmen keine Koalitionen i.S.d. Art. 9 III sind (1).

(b) Die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG

Berührt ist jedoch der Schutzbereich des Art. 9 I. Art. 9 I garantiert die formale Vereinigungsfreiheit (2). Da danach der verfassungsrechtliche Vereinigungsbegriff von inhaltlicher und organisatorischer Offenheit geprägt ist, beschränkt sich der Schutz des Art. 9 I nicht nur auf den Konzern oder die echte Fusion i.S.d. § 23 I GWB, sondern wird auch den meisten anderen Tatbeständen wirtschaftlicher Konzentration zuteil (3). Keine Vereinigungen im verfassungsrechtlichen Sinne bilden aber vor allem Gewinnabführungsverträge (§ 23 II Nr. 3 lit. b GWB), Betriebsüberlassungs- und -verpachtungsverträge (§ 23 II Nr. 3 lit. c GWB) sowie bloß personelle Identitäten in Vorständen, Aufsichtsräten etc. von im übrigen selbständig bleibenden Unternehmen (§ 23 II Nr. 4 GWB) (4). Da Art. 9 I anerkanntermaßen nicht nur die Freiheit zum Zusammenschluß, sondern auch den Bestand gebildeter Zusammenschlüsse schützt (5), ist bei jeder Zwangsauflösung durch Maßnahmen der Unternehmensentflechtung - abgesehen von den soeben bezeichneten Ausnahmen - Art. 9 I thematisch einschlägig (6).

(1) s. o. S. 34 f.

(2) s. o. S. 89 f.

(3) Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 41; a.A. Kunze, Unternehmensrechtsreform und Art. 9 I GG, S. 31 ff.

(4) Scholz aaO. u. Entflechtung und Verfassung, S. 107; vgl. auch dens., in: M/D/H/Sch, Art. 9, Rnr. 63 und Demmer, S. 241 f.

(5) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 188 m.w.N. in Fn. 6

(6) ebenda

Daneben sind auch Entflechtungsmaßnahmen denkbar, die auch die in Art. 9 I garantierte negative Vereinigungsfreiheit (1) betreffen. So verhält es sich namentlich bei den pro-rata-Lösungen (2). Sowohl im "spin off-" als auch im "split off-" und "split up-" Verfahren kommt es zur Bildung neuer Vereinigungen i.S.d. Art. 9 I, denen sich anzuschließen die Anteilseigner des entflochtenen Unternehmens (etwa durch Zwangszuteilung von Aktien) gezwungen werden. Unternehmensentflechtungen können sich also in doppelter Hinsicht im Schutzbereich des Art. 9 I auswirken (3). Nun besteht aber in der Literatur zur Verfassungsproblematik der Unternehmensentflechtung Einigkeit, daß dieser Schutzgarantie für sich wirtschaftlich betätigende Kooperationen nur sekundäre Bedeutung zukommt und insbesondere die an die Einschränkung anzulegenden Maßstäbe nicht erhöht. In seinem Mitbestimmungsurteil hat auch das Bundesverfassungsgericht die Anwendung des Art. 9 I auf größere Kapitalgesellschaften restriktiv gehandhabt (4).

Unterschiedlich sind indes Auffassungen über die Begründung und den Umfang dieser restriktiven Handhabung. Während insbesondere Scholz die Auffassung vertritt, daß im Bereich wirtschaftlich tätiger Korporationen die Art. 12 I und 14 I einerseits, sowie der Art. 9 I andererseits zwar idealiter konkurrieren, innerhalb dieses Konkurrenzverhältnisses jedoch die Art. 12 I und 14 I dominieren, die Vereinigungsfreiheit nur Instrument zur freiheitlichen Nutzung der Gewährleistungen aus Art. 12 I und 14 I sei und damit gleichsam in den Dienst der wirtschaftlichen Freiheitsrechte trete, so daß ein Zweck-Mittel-Verhältnis bestehe (Vereinigungsfreiheit als grundrechtliches "Ausübungsrecht" - Art. 12 I / Art. 14 I als materiell-zweckbestimmte "Inhaltsrechte") (5),

(1) s. o. S. 36 m.w.N. in Fn.2 und S. 89 m.w.N. in Fn.2

(2) zur verfahrensmäßigen Durchführung, s.o.S. 25 f.

(3) vgl. auch Möschel, Entflechtungen, S. 144

(4) NJW, S. 699 (705-707)

(5) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 190, und Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 42 ff.; vgl. auch Kübler/Schmidt/Simitis, S. 71 ff.

lehnt das Bundesverfassungsgericht diese "instrumentelle" Sicht des Art. 9 I ab (1), drängt aber, wie Scholz (2) feststellt, die Vereinigungsfreiheit in anderer bzw. noch sehr viel weiterreichender Weise zurück.

Das Bundesverfassungsgericht sieht auch den Art. 9 wie die Art. 12 I / 14 I von einem personalen Grundzug geprägt (3) und stellt sodann fest, daß Art. 9 I, um überhaupt praktische Wirksamkeit gewinnen zu können, einer gesetzlichen Ausgestaltung bedarf (4). Ausgehend von diesen Prämissen erscheint dem Gericht zweifelhaft, ob Schutzgut und Inhalt des Art. 9 eine Anwendung der Gewährleistung auf größere Kapitalgesellschaften zulassen (5). "Im Unterschied zu dem Typus der Vereinigungen, den das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit seiner Geschichte und seiner heutigen Geltung nach primär schützen will, tritt bei diesen das personale Element bis zur Bedeutungslosigkeit zurück. Das von den Gesellschaften betriebene Unternehmen umfaßt sowohl Gesellschaftsmitglieder als auch Nicht-Mitglieder; erst das freiwillige Zusammenwirken beider gewährleistet das Erreichen des Gesellschaftszweckes. Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Art. 9 I GG ergeben sich insbesondere in Fällen juristischer Personen als Anteilseigner und, im Zusammenhang damit, der Konzernverflechtung; ebenso kann der Einfluß großer Anteilseigner in zahlreichen Gesellschaften zu einer Lage führen, in der von freier Organbestellung und Willensbildung durch gleichberechtigte Gesellschaften oder deren Repräsentanten, d.h. aber von dem in der Vereinigungsfreiheit enthaltenen Gedanken sich in freier Assoziation selbstbestimmender Mitglieder, nichts oder nur wenig übrig bleibt.

- (1) NJW 1979, S. 699 (705)
- (2) Entflechtung und Verfassung, S. 190
- (3) NJW 1979, S. 699 (706)
- (4) ebenda
- (5) ebenda sub b). Letztlich aber hat das Bundesverfassungsgericht hier diese Frage noch offengelassen, da nach seiner Auffassung die Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes mit dem Grundsatz freien Zusammenschlusses nicht in Konflikt gerieten.

Dem entspricht es, wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung die Aktie primär als bloßes Vermögensrecht betrachtet, und demgemäß weder die Zwangszuteilung von Aktien noch den Entzug der Mitgliedschaft in einer Aktiengesellschaft im Fall der Mehrheitsumwandlung als Verstoß gegen Art. 9 I GG gewertet hat." (1)

Welchem der beiden konträren Ansätze der Vorzug zu geben ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn jedenfalls gewährt Art. 9 I aber im Bereich wirtschaftlicher Betätigung nicht ein Mehr an grundrechtlichem Schutz, als dies die Art. 12 I / 14 I vermögen. Was also gemessen an der Berufsfreiheit und der Eigentumsgarantie verfassungsrechtlich zulässig ist, kann nicht an der grundrechtlichen Gewährleistung des Art. 9 I scheitern. Verfassungssystematisch bedeutet dies, daß das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit im Rahmen einer Entflechtungsregelung bzw. deren grundrechtlicher Überprüfung keine entscheidende Rolle spielt (2).

(4) Die allgemeine wirtschaftliche Handlungs- und Vertragsfreiheit

Art. 2 I als grundrechtlicher Maßstab kommt neben den speziellen Freiheitsgarantien aus Art. 12 I / 14 I und 9 I allenfalls subsidiär in Betracht (3). Wo Unternehmensentflechtungen solche Zusammenschlußformen betreffen, die thematisch von Art. 9 I nicht erfaßt werden (4), fallen sie unter den weiten Tatbestand der wirtschaftlichen Vertragsfreiheit (5). Wo diese verfassungsrechtlich garantiert ist, ist jedoch wiederum umstritten.

- (1) BVerfG aaO., unter Hinweis auf BVerfGE 4, 7 (26) und 14, 263 (273 f.)
- (2) dies kann wohl als allgemeine Meinung gelten: vgl. MK, HauptGA III, Tz. 803 a.E. im Anschluß an Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 187 ff. (193); Möschel, Entflechtungen, S. 143 ff. (145); Schulte-Braucks, S. 275 f.; Selmer, aaO. S. 24 m.w.N. in Fn. 45
- (3) s. o. S. 83 f. m.w.N.
- (4) vgl. oben S. 186 f.
- (5) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 194

Scholz (1) sieht sie den speziellen Grundrechten aus Art. 12 I und 14 I unterstellt, da das Regelungsinstrumentarium des Vertrages eine typische Form der Ausübung der Berufsfreiheit (2) und der Wahrnehmung des grundsätzlich privatnützigen Eigentums sei (3). Nur "Privatverträge" sind danach grundrechtlich durch Art. 2 I abgesichert (4), während diejenigen Verträge, in deren Abschluß oder Bestand durch Maßnahmen der Unternehmensentflechtung eingegriffen wird, regelmäßig in Ausübung des (Unternehmer-) Berufes abgeschlossen werden, so daß auf sie Art. 2 I keine Anwendung finden kann.

Anders ist auch hier das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes vorgegangen. Danach gewährleistet Art. 2 I die Handlungsfreiheit zwar (auch) auf wirtschaftlichem Gebiet und ist ein angemessener Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative unantastbar, jedoch ist auch die Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet nur in den Schranken des zweiten Halbsatzes des Art. 2 I gewährleistet, vor allem denen der "verfassungsmäßigen Ordnung" (5). Erweist sich eine beschränkende Rechtsnorm als deren Bestandteil, so hat sie vor dem Grundrecht Bestand (6).

Praktische Bedeutung für die verfassungsrechtliche Beurteilung einer Entflechtungsregelung hat auch dieser Streit nicht.

(1) aaO.

(2) Die Auffassung, daß Art. 12 die Freiheit zum Abschluß von Verträgen im Rahmen beruflicher Betätigung schützt, vertritt auch Demmer, S. 173 ff. (177)

(3) Vgl. auch Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 2, Rnr. 53;

(4) ähnlich differenziert Schmidt/Preuß, S. 170

(5) BVerfG NJW 1979, S. 699 (708) unter Hinweis auf BVerfGE 29, 260 (267) und 25, 371 (407 f.)

(6) BVerfG NJW 1979, S. 699 (708)

Denn da der grundrechtliche Schutz des Art. 2 I jedenfalls und unbestrittenermaßen nicht weiterreicht als der aus Art. 12 I und 14 I, kommt dem Art. 2 I als Prüfungsmaßstab kein eigener substantieller Gehalt zu (1). Dies gilt auch insofern, als in Maßnahmen der Unternehmensentflechtung Eingriffe in die "Wettbewerbsfreiheit", die "Unternehmensfreiheit", die "Wirtschaftsfreiheit", die "wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit", die "Produktionsfreiheit" oder die "Gewerbefreiheit" (2) gesehen werden. Diese Begriffe dienen nur dazu, zu verdeutlichen, welche tatsächliche freiheitliche Betätigung von einem staatlichen Eingriff betroffen ist. Wo diese Freiheiten grundrechtlich ihren Standort haben, ist nicht etwa dadurch, daß sie als vom Grundgesetz nicht benannte Freiheitsrechte scheinbar der Berufsfreiheit gegenübergestellt sind, in die Richtung vorgegeben, daß sie nur zu den Innominatrechten des Art. 2 I gehören können. Vielmehr sind auch sie Teilausschnitte einer durch Art. 12 I garantierten freien Berufsausübung (3).

(5) Der Gleichheitssatz des Art. 3 I GG

Eine Verletzung des Art. 3 I kommt unter zwei Gesichtspunkten in Betracht: Zum einen kann ein Systembruch des Gesetzgebers insoweit gegen Art. 3 I verstoßen, als von einem selbstgewählten, also unterverfassungsrechtlichen Ordnungsrahmen ohne sachlichen Grund abgewichen wird und damit das Willkürverbot verletzt ist (4); zum anderen kann Art. 3 I daneben noch unter dem Aspekt anzuwenden sein, ob die materiellen Eingriffskriterien für sich so wenig sachgerecht sind, daß sie einen Willkürvorwurf begründen (5). Da diese beiden Aspekte des Art. 3 I überdies Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips sind, sollen sie auch erst an dieser Stelle behandelt werden (6).

- (1) Darüber dürfte Einigkeit bestehen: vgl. Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 194; Möschel, Entflechtungen, S. 143; Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 24 m.w.N. in Fn. 45; Bäuml, Staatliche Investitionsplanung unter dem Grundgesetz, S. 91 f.
- (2) zu diesen Begriffsbildungen vgl. oben S. 80
- (3) vgl. bereits oben S. 84 ff.
- (4) Möschel, Entflechtungen, S. 145 f.; vgl. auch Dürig, in: M/D/H/Sch, Art. 3, Rnrrn. 309 ff.
- (5) Möschel, aaO.
- (6) s. u. sub c) dd), S. 213 ff.

c) Die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen an ein Entflechtungsgesetz

Neben grundrechtlichen Gewährleistungen hat der Gesetzgeber bei der Einführung von Regelungen zur Unternehmensentflechtung die allgemeinen Anforderungen zu beachten, die das Grundgesetz an eine rechtsstaatliche Gesetzgebung stellt. Diese allgemeinen Anforderungen ergeben sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, das in einigen seiner Ideen in Art. 20 umschrieben ist, aber darüber hinaus eine Fülle von Wertentscheidungen umfaßt, die im Grundgesetz an verschiedenen Stellen ihren Niederschlag gefunden haben, allerdings auch im Grundgesetz selbst nicht erschöpfend beschrieben sind (1). Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips sind die folgenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe, an denen ein Gesetz zur Unternehmensentflechtung gemessen werden muß: Hinreichende Bestimmtheit des Gesetzes (sub aa)); Rückwirkung des Gesetzes (sub bb)); Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Gesetzes (sub cc)); Rationalität und Systemgerechtigkeit der gesetzlichen Regelung (sub dd)) und grundrechtsadäquate Verfahrens- und Organisationsregelung gemäß Art. 19 IV (sub ee)).

aa) Der Grundsatz der Normklarheit und
-bestimmtheit

Zu den Merkmalen des Rechtsstaates gehört die Meßbarkeit der staatlichen Machtäußerung, die im Zusammenhalt mit den geschriebenen Zuständigkeiten eine Voraussehbarkeit und Vorausberechenbarkeit der staatlichen Handlungen bewirkt (2).

Zu den "Unterprinzipien", die dieses Element des Rechtsstaates konkretisieren, gehören u.a. die Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, das - freilich nur beschränkt geltende - Verbot rückwirkender Gesetze (3), das

(1) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 74 ff.; vgl. auch Herzog, in: M/D/H/Sch, Art. 20 (VII.); Schnapp, in: von Münch, Art. 20, Rnrn. 21 ff.

(2) Maunz, aaO. S. 75; Herzog, aaO. Rnr. 26

(3) s. dazu unten sub bb), S. 196 ff.

sogenannte Übermaßverbot mit seinen Elementen Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit (1) und das Prinzip der Klarheit der Gesetzgebung (2). Danach müssen Gesetze so klar gefaßt sein, daß sich der Bürger ein eigenes Bild von der Rechtslage machen kann (3). Dies bedeutet, daß Inhalt und Gegenstand, Zweck und Ausmaß der gesetzlichen Eingriffsermächtigungen hinreichend bestimmt und eingegrenzt sein müssen (4). Es besteht jedoch weitestgehend Einigkeit, daß weder das Rechtsstaatsprinzip noch irgend ein anderer Satz des Verfassungsrechts dem Gesetzgeber die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und selbst von Generalklauseln verbietet (5). Die Verpflichtung des Gesetzgebers, seine Vorschriften so zu fassen, daß sie den rechtsstaatlichen Grundbegriffen der Normklarheit und Justitiabilität entsprechen, und daß der Betroffene die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach einrichten kann, besteht also, wie so vieles im Bereich des Art. 20, nur als Grundsatz und läßt dem Bundesverfassungsgericht vor allem den Weg der verfassungskonformen Auslegung offen (6). Nur in extremen Ausnahmefällen kann ein Gesetz wegen mangelnder Klarheit insgesamt für nichtig erklärt werden (7). "Eine vage Generalklausel, die es dem Ermessen der Exekutive überläßt, die Grenzen der Freiheit im einzelnen zu bestimmen, ist mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar." (8)

(1) s. dazu unten sub cc), S. 200 ff.

(2) Herzog, aaO.

(3) Herzog, aaO., Rnr. 57 unter Hinweis auf BVerfGE 20, 150 (158 f.); 21, 73 (79); 21, 245 (261); 31, 255 (264)

(4) Nach BVerfGE 8, 274 (325) sind die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Art. 80 I auch für den Bereich der belastenden Verwaltungsakte maßgebend, vgl. Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 91 f. und Entflechtung und Verfassung, S. 228 f.

(5) Herzog, aaO., unter Hinweis auf BVerfGE 3, 225 (243); 13, 153 (161); 21, 73 (79); 31, 255 (264)

(6) Herzog, aaO.

(7) Herzog, aaO., unter Hinweis auf BVerfGE 1, 14 (45); 25, 216 (227)

(8) BVerfGE 8, 274 (325)

So sind denn die Gesetzgebungsvorschläge der Monopolkommission und vor allem Möschels (1) unter dem Blickwinkel man-ein-der Normklarheit und Justitiabilität rechtsstaatlichen Bedenken begegnet (2). Selmer (3) hält in dem von Möschel (4) formulierten Gesetzgebungsvorschlag die Kriterien der "übermäßigen wirtschaftlichen Macht" und des Zurückgehens "auf die natürliche Entwicklung der Marktkräfte" angesichts der rechtsstaatlichen Postulate der Bestimmtheit und rechtsfolgenmäßigen Berechenbarkeit für verfassungswidrig (5). Einem ganz allgemeinen Tatbestand "unangemessener Marktmacht" spricht auch Scholz (6) die Rechtsstaatskonformität ab. Jedoch kommt der Gesetzgebungsvorschlag Möschels nach Ansicht von Scholz aus rechtsstaatlicher Sicht durchaus in Betracht (7).

Dem Gesetzgebungsvorschlag der Monopolkommission lastet Selmer (8) an, daß weder der Begriff der "Entflechtung" ausreichend umrissen sei (nach Möglichkeit sollte ein Maßnahmenkatalog grob skizziert werden), noch die Eingriffsvoraussetzung der Entflechtungsermächtigung den Anforderungen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsprinzips genüge. Das maßgebliche Kriterium des "strukturbedingten Mißbrauchs" sei ein so unbestimmtes Merkmal, daß es nicht zur Grundlage eines schwerwiegenden Eingriffstatbestandes wie der Entflechtung gemacht werden dürfe.

In beiden Fällen erscheinen die verfassungsrechtlichen Bedenken Selmers jedoch nicht überzeugend und die Anforderungen an das rechtsstaatliche Klarheits- und Bestimmtheitsgebot überzogen.

- (1) Entflechtungen, S. 112 f.
- (2) Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 58 ff. (60 und 61)
- (3) ebenda
- (4) s. Fn. 1
- (5) kritisch gegenüber dem Vorschlag Möschels insoweit auch Schulte-Braucks, S. 234
- (6) Entflechtung und Verfassung, S. 233
- (7) aaO., S. 234
- (8) aaO., S. 61

Denn gerade im Bereich des Wirtschaftsrechts und hier insbesondere des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen ist der Einsatz von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln vom Regelungsgegenstand her unentbehrlich: Normativ erfaßt und beeinflußt werden soll die Ausübung wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten, wobei definitionsgemäß ungewiß bleibt, mit welchem Inhalt diese Freiheitspositionen von den Einzelnen ausgefüllt werden (1). Auch das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, daß der Gesetzgeber dort, wo der Regelungsgegenstand sich im Tatsächlichen nicht voll abgrenzen läßt, wo dieser vielmehr selbst entwicklungs offen und dynamisch veranlagt ist, auf die Aufstellung allzu starrer Regel verzichten und auch ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit in Kauf nehmen darf, sofern dies einem dynamischen Grundrechtsschutz dient (2).

Diese Grundsätze gelten für die Wettbewerbsaufsicht in exemplarischer Weise (3). Denn das Schutzgut aller wettbewerbsrechtlichen Aufsichtsformen umschreibt mit dem Wettbewerb einen tatsächlichen Funktionsbegriff, der auf einem höchst komplexen und dynamischen Verhaltens- sowie Entwicklungsprozeß aufbaut, und der sich weder in seinen einzelnen Ergebnissen oder Marktphasen voll vorherbestimmen läßt, noch in den für ihn typischen Beschränkungen oder Gefährdungen voll vorab bestimmbar ist (4). Im Bereich des Wettbewerbsrechts gibt es also keine legislative Alternative zur Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln. Wer dem Gesetzgeber deshalb hier die Möglichkeit bestreitet, offene Tatsachen- und Entwicklungsbegriffe zu verwenden, zwingt ihn insgesamt zur legislativen Abstinenz (5).

(1) Möschel, Entflechtungen, S. 147

(2) Vgl. die Nachweise bei Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 230

(3) Scholz, aaO. S. 231 m.w.N. in Fn. 33

(4) Scholz, ebenda m.w.N. in Fn. 34

(5) Möschel, aaO. S. 148

Dies wäre zum einen angesichts seiner grundsätzlichen Regelungsfreiheit - vor allem im Bereich des Wirtschaftsrechts (1) - zum anderen deshalb eine auch verfassungsrechtlich nicht überzeugende Position, weil staatliche Wettbewerbsaufsicht nicht nur Beschränkung einzelner privater Freiheiten bedeutet, sondern maßgeblich auch Schutz der (gleichen) Freiheitsrechte; und solcher Schutz - je nach den konkreten Funktionsbedingungen des Wettbewerbs - auch grundrechtswirksam sein muß (2). Es geht um "bestmögliche Gefahrenabwehr" (3).

Nach alledem ist auch ein extrem unbestimmtes Eingriffskriterium wie das der "übermäßigen wirtschaftlichen Macht" dann rechtsstaatlich zulässig, wenn insoweit durch das gesetzlich festgeschriebene Erfordernis einer Sektorenuntersuchung eine umfassende Sachverhaltsaufklärung gewährleistet ist (4).

bb) Die Problematik von Rückwirkung und
Vertrauensschutz

Der aus dem Rechtsstaatsprinzip fließende verfassungsrechtliche Grundsatz des Vertrauensschutzes legt dem Gesetzgeber beim Erlaß rückwirkender Gesetze wesentliche Beschränkungen auf (5). Da Gegenstand von Entflechtungsmaßnahmen auch wirtschaftliche Machtstellungen sein können, die sich in der Vergangenheit im Einklang mit der Rechtsordnung herausgebildet haben (6), gewinnt die Frage Bedeutung, ob ein Entflechtungsgesetz gegen ein Verbot der Rückwirkung belastender Gesetze verstößt (7).

- (1) ebenda; zur weitgehenden Regelungsbefugnis des Gesetzgebers im Bereich des Wirtschaftsrechts vgl. Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung.
- (2) Scholz, aaO. S. 232 unter Hinweis auf BVerfGE 49, 137 und NJW 1980, S. 761
- (3) Scholz, aaO. S. 230 unter Hinweis auf BVerfG NJW 1980, S. 761
- (4) Möschel, aaO. S. 147; im Ergebnis ebenso Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 233 f.
- (5) Herzog, in: M/D/H/Sch, Art. 20 (VII.), Rnr. 65
- (6) So hält auch insbesondere die Monopolkommission die Erweiterung des Konzentrationskontrollpolitischen Instrumentariums durch die Unternehmensentflechtung u.a. vor allem deshalb für erforderlich, weil marktbeherrschende Stellungen schon vor der Einführung der Zusammenschlußkontrolle bestanden und marktbeherrschende Stellungen auch jetzt durch internes Wachstum unkontrolliert entstehen können (s.o.S.19 mit dem Nachweis in Fn. 2).
- (7) Möschel, Entflechtungen, S. 148

Dabei ist zu unterscheiden zwischen echter (retroaktiver) Rückwirkung, wobei nachträglich ändernd in bereits abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingegriffen wird, und unechter (retrospektiver) Rückwirkung, wobei auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte bzw. Rechtsbeziehungen für die Zukunft eingewirkt wird (1).

Da jede im Wettbewerb errungene Unternehmensgröße oder Marktposition in Entstehungsgeschichte wie Fortbestand durch den permanenten Wettbewerbsprozeß selbst bedingt ist (2), sieht Scholz für die Annahme echter Rückwirkung wettbewerbsrechtlicher Gesetze wenig Raum: "Gesetzgeberische Maßnahmen, die den Wettbewerbsprozeß selbst betreffen, diesen um seiner selbst Willen beaufsichtigen oder regulieren, können zwar in bestimmte wettbewerbliche und damit auch rechtlich schutzfähige Positionen eingreifen (beispielsweise in bestimmte Unternehmensgrößen; Größenreduktion durch Entflechtung); die rechtliche Qualität solcher Eingriffe bzw. ihre verfassungsrechtlich zu beurteilende Intensität bemißt sich jedoch nach der Relativität, die von Wettbewerbs und damit von Wettbewerbsrechts wegen für alle im Wettbewerb erreichten Positionen gilt. Operieren solche Eingriffe mit Rückwirkung, so handelt es sich folgerichtig und prinzipiell um Maßnahmen von nur unechter, nicht dagegen von echter Rückwirkung." (3)

Danach kann ein Entflechtungsgesetz nur in zwei Fällen echte Rückwirkung entfalten: Zum einen, wenn die eingriffsmäßig betroffene Position eines Wettbewerbers durch die Rechtsordnung im übrigen mit absolutem Bestandsschutz ausgestattet ist, zum anderen, wenn sie von Beschränkungen erfaßt wird, die gerade nicht wettbewerbsrechtlicher Art sind (4).

(1) BVerfGE 11, 139 (145 f.); 14, 288 (297 f.); 30, 392 (401); 36, 73 (82); vgl. auch Schnapp, in: von Münch, Art. 20, Rnr. 27; Herzog, in: M/D/H/Sch, Art. 20 (VII.) Rnr. 68

(2) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 162 und S. 68 ff.: "Unternehmensgröße und Marktmacht als Prozeß von wettbewerbsmäßig-ständiger Machtbildung wie -erosion"

(3) aaO., S. 264

(4) ebenda

Echte Rückwirkung liegt nach Scholz also nur vor, wenn die Entflechtungsmaßnahme beispielsweise in der rückwirkenden Entziehung eines Patentes oder der rückwirkenden Negierung des patentrechtlichen Ausschließlichkeitsanspruches liegt (1), oder Entflechtungsmaßnahmen gerade nicht aus Gründen des Wettbewerbsschutzes erfolgen, sondern beliebig andere, z.B. gesellschafts-, sozial-, regional- oder industriestrukturpolitische Interessen verfolgen (2).

Der Rückwirkungsproblematik nicht gerecht wird indes Schulte-Braucks, wenn er eine echte Rückwirkung deshalb ausschließt, weil die Unternehmensentflechtung (nach seinem Gesetzgebungsvorschlag wie nach demjenigen der Monopolkommission und Möschels) nicht allein an die Kriterien Fusion und Marktbeherrschung anknüpfe, sondern der Mißbrauch der wirtschaftlichen Macht ein Eingreifkriterium darstelle, das den betroffenen Tatbestand zu einem solchen mache, der noch nicht in der Vergangenheit abgeschlossen sei (3). Bei dieser Sichtweise wird verkannt, daß der in der Vergangenheit abgeschlossene Tatbestand, auf den der Unternehmer bzw. Anteilseigner vertraut und in den rückwirkend eingegriffen wird, ja nicht der Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung, sondern der Bestand der diese marktbeherrschende Stellung ausmachenden tatsächlichen und rechtlichen Positionen ist. Insoweit ist freilich zweifelhaft, ob die Hoffnung, gegenüber Entflechtungsregelungen eines Gesetzgebers sozusagen auf Dauer tabuisiert zu bleiben, ein verfassungsrechtlich erheblicher Vertrauenstatbestand ist (4). In ihr Gegenteil verkehrt wird die Lehre von der Rückwirkung vor allem dadurch, daß eine echte Rückwirkung deshalb nicht vorliegen soll, weil die Unternehmensentflechtung nicht nur durch Rückentflechtung (im Sinne eines status-quo-ante, also exakte Wiederherstellung des vorherigen Zustandes), sondern auch durch einen weitergehenden Eingriff erfolgen könne (5).

(1) aaO., S. 265

(2) ebenda

(3) aaO., S. 276 f.

(4) so mit Recht zweifelnd Möschel, aaO. S. 149

(5) so aber Schulte-Braucks, aaO., S. 276

Wäre diese Betrachtung richtig, könnte der Gesetzgeber das prinzipielle Verbot echter Rückwirkung ganz einfach dadurch umgehen, daß er durch die vorgeschriebene Entflechtungsmaßnahme nicht einen Zustand herstellt, der bereits einmal bestanden hat, sondern das Unternehmen weitergehend umgestaltet. Daß dies unter Rückwirkungsgesichtspunkten, die ja gerade zum Schutz des der Gesetzgebung unterworfenen Bürgers aufgestellt worden sind, nicht richtig sein kann, leuchtet ein.

Ein Gesetz, das eine echte Rückwirkung vorsieht, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes grundsätzlich nichtig (1). Ausnahmen bestehen nur dann, wenn der Bürger nicht auf den Fortbestand von Rechtspositionen vertrauen durfte, d.h. mit einer Änderung der bestehenden Regelung rechnen konnte oder "zwingende Gründe des gemeinen Wohls" dem Gebot der Rechtssicherheit übergeordnet sind (2). Wesentlich geringer sind hingegen die Bindungen, denen der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes in den Fällen unechter Rückwirkung ausgesetzt ist. Hier kommt es in jedem Einzelfall zu einer Güterabwägung zwischen dem Recht des Staates, seine Gesetzgebung weiterzuentwickeln und vor allem neuen Problemlagen anzupassen, und dem Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand ihm günstiger Rechtsvorschriften, also zwischen der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Gemeinwohl und dem Ausmaß des durch die Gesetzesänderung verursachten Vertrauensschadens (3).

An dieser Stelle nun will Möschel in der Summe dem öffentlichen Regelungsinteresse, das ja auch ein Interesse einer Vielzahl privater Wirtschaftsteilnehmer sei, die Priorität zumessen, da die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit von Wettbewerb in einer freiheitlichen Verkehrswirtschaft von schlechthin überragendem Interesse sei (4).

(1) Vgl. Herzog, in: M/D/H/Sch, Art. 20 (VII.), Rnr. 69 m.w.N. in Fn. 3

(2) BVerfGE 18, 429 (439)

(3) Herzog, aaO. Rnr. 70 mit dem Nachweis in Fn. 6

(4) Entflechtungen, S. 150

Bedenken muß diese These jedoch hervorrufen, wenn damit echte Rückwirkungen zugelassen werden sollen (1). Wenn im Einzelfall eine Entflechtungsregelung mit echter Rückwirkung erforderlich sein sollte, müssen Gesetzgeber und Kartellbehörde den Weg der Enteignung über Art. 14 III gehen (2).

cc) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Das Übermaßverbot bzw. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (im weiteren Sinne), der dem Bundesverfassungsgericht eine erweiterte Kontrollmöglichkeit für die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen eröffnet, wurzelt in dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit, der wiederum im Rechtsstaatsprinzip und im Willkürverbot zum Ausdruck kommt und ein maßvolles staatliches Handeln erfordert (3). Die Grundsätze der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) bilden die jeweils zu beachtenden Unterprinzipien. Sie bilden eine entscheidende Grundlage für ein Verfahren der verfassungsrechtlichen (grundrechtlichen) Kollisionslösung (4), deren Problematik gerade im Bereich des Wettbewerbsrechts besonders deutlich wird.

(1) so Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 167

(2) ebenda

(3) In dieser Weise stützt das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf den Rechtsstaatsgedanken. Für das Rechtsstaatsprinzip als sedes materiae des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch Herzog, in: M/D/H/Sch, Art. 20 (VII.) Rnr. 72 m.w.N. in Fn. 2/3. A.A. etwa Schnapp, in: von Münch, Grundgesetz, Art. 20, Rnr. 27 m.w.N.

Zu weiteren Begründungen der Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vgl. den Überblick bei Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 260 m.w.N. in Fn. 70

(4) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 114 m.w.N. in Fn. 137

Denn einerseits kann sich das betroffene Unternehmen gegen Entflechtungsmaßnahmen auf den ihm zustehenden prinzipiellen Schutz von Erwerb, Eigentum, Wachstum und Fusionsbestand berufen, auf der anderen Seite sind - wie unter der ersten Fragestellung dieser Arbeit gezeigt - durch den Grundrechtsgebrauch des Unternehmens grundrechtlich geschützte Rechtspositionen von Mitbewerbern, Lieferanten, Abnehmern oder Arbeitnehmern in Gefahr (1). Der Freiheitsgebrauch des einen Grundrechtssubjektes beeinträchtigt den Freiheitsgebrauch anderer Grundrechtssubjekte. Handelt es sich um Grundrechtskollisionen im Einzelfall, so ist in aller Regel der Richter oder auch die Exekutive berufen, die jeweils verfassungskonforme (verhältnismäßige) Kollisionslösung zu bewirken (2).

Handelt es sich dagegen um Kollisionen in einer Mehrzahl von Fällen, bzw. gar um allgemeine oder doch typische Kollisionsfälle, so ist der Gesetzgeber verpflichtet, den zugrundeliegenden Konflikt nach Maßgabe einer verhältnismäßigen Kollisionslösung zu schlichten (3). Wie die präventive Konzentrationskontrolle (4) wirkt denn auch die Unternehmensentflechtung auf der einen Seite als (dispositionshemmende) Beschränkung und auf der anderen Seite als (wettbewerbspluralisierende) Erweiterung der Wirtschaftsfreiheit. Sie entfaltet diese Wirkung verfassungskonform, sofern sie ein geeignetes, erforderliches und verhältnismäßiges Mittel ist, um den angestrebten Zweck zu erreichen.

Als geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen, sieht das Bundesverfassungsgericht ein Mittel an, "wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann." (5)

(1) vgl. auch aaO. S. 113

(2) aaO. S. 114; zur Verhältnismäßigkeit von Entflechtungs-(verwaltungs-)akten der Kartellbehörde vgl. Purrucker, S. 160 ff.

(3) Scholz, aaO. m.w.N. in Fn. 140

(4) vgl. dazu Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 38 ff., 61 ff., 77 ff

(5) E 30, 292 (316); 33, 131 (181)

Zwar ist dies zunächst aus der Sicht des Gesetzgebers zu beurteilen, wobei auf die zur Zeit des Erlasses des Gesetzes mögliche Prognose abzustellen ist, jedoch ist ein Gesetz auch dann verfassungswidrig, wenn es sich ex post objektiv als untauglich, den angestrebten Zweck zu verwirklichen, herausstellen sollte (1), so daß der Gesetzgeber zur Korrektur verpflichtet wäre (2). Bei der Beurteilung dieser Frage darf sich jedoch das Verfassungsgericht nicht an die Stelle des Gesetzgebers setzen, was insbesondere dann beachtet werden muß, wenn Tatsachenfeststellungen (Prognoseentscheidungen) sehr ungewiß sind (3).

Deshalb kommt dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu, die je nach Eigenart des zu regelnden Sachbereiches, der Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter von einer bloßen Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitsprüfung bis hin zu einer intensiven inhaltlichen Kontrolle differenzierten Maßstäben unterliegt (4). Insbesondere für wirtschaftspolitische Maßnahmen gesteht das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungs- und Prognosespielraum zu (5): "Die Frage nach der Zwecktauglichkeit einer Maßnahme kann wegen der Schwierigkeit einer zutreffenden Voraussage über die Entwicklung stets nur dadurch beurteilt werden, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, daß die Maßnahme ... geeignet sein würde, ob also seine Prognose ... sachgerecht und vertretbar war" (6).

- (1) Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 260 f.; vgl. auch Demmer, S. 103 ff. (105); für eine Erfolgskontrollpflicht des Gesetzgebers auch: Klopfer, VVDStRL 40, S. 63 ff. (90) m.w.N. in Fn. 106
- (2) vgl. BVerfG NJW 1979, S. 699 (702) unter Hinweis auf BVerfGE 25, 1 (13) und NJW 1979, S. 359
- (3) Bleckmann (aaO. S. 265) bezeichnet es als eine der "großen Aufgaben der zukünftigen Jahrzehnte, diese beiden Prinzipien, welche die Handlungsfreiheit des Gesetzgebers mitbestimmen, miteinander zu verbinden."
- (4) Möschel, Entflechtungen, S. 151
- (5) zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer Prognose als Grundlage für ein Gesetz: Demmer, S. 107 ff.
- (6) E 38, 61 (88); Vgl. zum ganzen auch unten unter IV. 3., S. 222 ff.

Während über diese Ausgangspunkte der Geeignetheitsprüfung im Schrifttum zu Verfassungsfragen der Unternehmensentflechtung weitestgehend Einigkeit besteht (1), differieren die Ergebnisse jedoch erheblich. Dabei reicht das Spektrum von nahezu uneingeschränkter Bejahung der Geeignetheit (2) über eine differenzierende Beurteilung (3) bis zu der Feststellung, daß die Zwecktauglichkeit der Entflechtung als solche nicht in verfassungsrechtlich hinreichender Weise gesichert ist (4).

Scholz (5) sieht pönale Entflechtungen, wie solche, die kriterienmäßig an absoluten Größenordnungen oder an so unbestimmten Rechtsbegriffen wie der "unangemessenen Marktmacht" anknüpfen, als ungeeignet an, strukturbedingten Mißbrauch zu bekämpfen. Dementsprechend gibt er einer Strukturkontrolle prinzipiell den Vorzug vor einer Verhaltens- oder Ergebniskontrolle (6).

Demgegenüber hält Selmer die Entflechtung zwar nicht für ein offensichtlich ungeeignetes Mittel, um den jeweils in Rede stehenden Mißbrauch als solchen abzustellen (7), er sieht jedoch die wettbewerbspolitische Effizienz von Entflechtungen als zu wenig abgesichert an, als daß der Gesetzgeber im Rahmen seines Prognosespielraums von ihr ausgehen dürfe (8).

- (1) Vgl. statt aller: Möschel, Entflechtungen, S. 151; Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 55
- (2) Schulte-Braucks, S. 267: "An der Geeignetheit der Entflechtung zur Wiederherstellung des Wettbewerbs besteht kein Zweifel."; ähnlich Möschel (aaO. S. 152), der zu dem Ergebnis kommt, daß der Gesetzgeber einer Vertretbarkeitskontrolle unter dem Aspekt der Geeignetheit klar standhalten würde.
- (3) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 133 ff.
- (4) Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 58
- (5) Entflechtung und Verfassung, S. 133 ff.
- (6) aaO. S. 134 ff.
- (7) Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 54
- (8) aaO. S. 54 ff.

Mit Möschel (1) und Scholz (2) ist Selmer zwar der Auffassung, daß Entflechtung eine "Möglichkeit, eine Chance zu mehr Wettbewerb" bietet. Dem verfassungsrechtlichen Postulat der Geeignetheit sieht er damit aber nicht in hinreichender Weise Genüge getan (3). Die Prognose, die Durchführung von Entflechtungen werde mehr Wettbewerb bringen, erscheint Selmer, gemessen an der Schärfe und den - teilweise irreversiblen - direkten und indirekten Folgen von Entflechtungen, entschieden zu vage, weil auf durchaus zweifelhaften Annahmen beruhend (4). In diesem Zusammenhang beruft sich Selmer auf drei Beiträge zur Konzentrations- und Wettbewerbsforschung, nach denen Entflechtungsmaßnahmen eben keine Chance zu mehr Wettbewerb bieten (5).

Genau an dieser Stelle wird jedoch meines Erachtens die Schwelle überschritten, jenseits derer der verfassungsrechtliche Rezensent eines Gesetzes bzw. das Verfassungsgericht sich an die Stelle des Gesetzgebers begibt. Denn, wenn es aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht zwei Auffassungen (Auffassung X und Auffassung Y) über die Effizienz einer wirtschaftspolitischen Maßnahme gibt, und der Gesetzgeber sich im Gefolge der Auffassung X für das Ergreifen dieser Maßnahme entschließt, so kann nicht derjenige, der diese Maßnahme verfassungsrechtlich (und eben nicht wirtschaftspolitisch) zu beurteilen hat, sie deshalb für verfassungswidrig erklären, weil mehr für die Auffassung Y spreche, mithin Zweifel an der Geeignetheit der Maßnahme bestünden. Bereits damit würde dem Gesetzgeber die ihm zustehende Einschätzungsprärogative streitig gemacht. Nach der Auffassung Selmers wäre die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sehr weitgehend eingeschränkt. Das Parlament wäre bereits dann zur gesetzgeberischen Enthaltensamkeit verpflichtet, wenn aufgrund irgendwelcher Auffassungen über die tatsächlichen Auswirkungen eines Gesetzes die Tauglichkeit dieses Gesetzes zur Erreichung des rechtspolitisch gewünschten Erfolges in Frage stünde.

(1) Entflechtungen, S. 59

(2) Entflechtung und Verfassung, S. 120

(3) aaO., S. 55

(4) aaO., S. 56 f.

(5) aaO., S. 57

Deshalb ist ein Gesetz nur dann auch verfassungsrechtlich, nicht nur rechtspolitisch zu beanstanden, wenn eine Prognose ganz offensichtlich fehlsam ist (1). Nach alledem scheitert die Unternehmensentflechtung nicht am verfassungsrechtlichen Maßstab der Geeignetheit. Denn eine Entscheidung des Gesetzgebers für die Einführung der Unternehmensentflechtung zur Verbesserung der wettbewerblichen Strukturen in der Verkehrswirtschaft wäre aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht zumindest vertretbar und nicht ganz offensichtlich fehlsam (2).

Erforderlich, um den angestrebten Zweck zu erreichen, ist ein vom Gesetzgeber angewandtes Mittel nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann, wenn er kein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht, oder doch weniger fühlbar beschränkendes Mittel hätte wählen können (3). Deshalb ist zunächst nach den in Betracht kommenden Alternativen einer Unternehmensentflechtung zu fragen. Möschel (4) führt hier fünf an:

- eine Ursachenbekämpfung im Sinne einer Verminderung bestehender Anreize zu Unternehmenskonzentrationen (Solche Anreize sieht Möschel (5) im Steuer-, Bilanz- und Konzernrecht, in einer tendenziellen Begünstigung von Großunternehmen in Bezug auf Belastungen durch die Sozialgesetzgebung, in der Forschungsförderungspolitik sowie in der Kreditpolitik der Bankwirtschaft einerseits und der Zugänglichkeit zum Kapitalmarkt andererseits),
- eine präventive Verhinderung durch eine Begrenzung externen und/oder internen Wachstums (6),

- (1) Für eine solche Evidenz - bzw. allenfalls Vertretbarkeitskontrolle vgl. auch: BVerfGE 25, 12; 30, 263; 39, 225 f.; 40, 223 und NJW 1979, S. 699 (701 f.)
- (2) Dieses Ergebnis stimmt mit denjenigen bei Möschel (Entflechtungen, S. 152) und Scholz (Entflechtung und Verfassung, u.a. S. 122) überein.
- (3) Vgl. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 261 m.w.N. in Fn. 76
- (4) Entflechtungen, S. 75
- (5) aaO., S. 76
- (6) Vgl. dazu Scholz, aaO. S. 127 ff.

- substituierend eine Aktivierung der Mißbrauchsaufsicht,
- kompensierend eine Förderung von kleineren und mittleren Unternehmen,
- ein Vertrauen auf die Selbstheilungskräfte des Marktes selbst.

Wohl alle diese Mittel zur Bekämpfung wirtschaftlicher Konzentration dürften gegenüber der Unternehmensentflechtung die mildereren sein. Allenfalls im Rahmen einer Aktivierung der Mißbrauchsaufsicht etwa durch eine Monopolkontrolle im Sinne einer ständigen Verhaltenskontrolle wird in vergleichbarer, möglicherweise sogar erheblicherer Weise in die wirtschaftlichen Freiheiten des betroffenen Unternehmens eingegriffen (1). Jedenfalls eine permanente Preis-, Gewinn- und Investitionskontrolle aber stellte einen ungleich intensiveren Freiheitseingriff dar, als der mit einer (punktuellen) Entflechtung verbundene (2). Im übrigen aber wäre das Prinzip der Erforderlichkeit dann verletzt, wenn auch nur eine dieser Maßnahmen gegenüber fortschreitender Konzentration in der Wirtschaft und zum Schutz des Wettbewerbs wenigstens die gleiche Wirksamkeit entfalten würde wie die Unternehmensentflechtung. Dies im einzelnen zu untersuchen, würde den Rahmen einer juristischen Arbeit sprengen und ist der wirtschaftswissenschaftlichen Konzentrationsforschung vorbehalten. Hier sollen nur die Grenzen für den gesetzgeberischen Entscheidungs- und Prognosespielraum markiert werden, die entsprechend denjenigen für die Beurteilung der Geeignetheit eines Entflechtungsgesetzes verlaufen: wenn der Gesetzgeber zu der Überzeugung kommt, daß allein eine Entflechtung in dem gewünschten Ausmaß Wirksamkeit gegenüber wirtschaftlicher Konzentration entfaltet, mithin erforderlich - weil durch kein milderes Mittel von gleicher Wirksamkeit ersetzbar - ist, und diese Überzeugung auf zumindest vertretbaren,

- (1) So sieht die Monopolkommission (Sondergutachten I, Tz. 24) die Unternehmensentflechtung als milderes Mittel gegenüber einer Monopolkontrolle als ständige Verhaltenskontrolle.
- (2) Scholz (aaO. S. 126) spricht hier von einem naheliegenden Umschlag von einer wettbewerblich-freien Wirtschaftsordnung zu einer vollkommen-dirigistischen bzw. staatlich-zentralverwalteten Wirtschaftsordnung.

nicht ganz offensichtlich fehlsamen Ausgangspunkten beruht, die sich "an dem derzeitigen Stand der Erfahrungen und Einsichten orientieren" (1), ist diese Überzeugung zwar noch wirtschaftspolitisch, nicht mehr aber verfassungsrechtlich - unter dem Gesichtspunkt mangelnder Erforderlichkeit - angreifbar.

Für das Verfahren einer solchen Überzeugungsbildung hat das Bundesverfassungsgericht im Mitbestimmungsurteil zwei unerläßliche Anforderungen ausdrücklich genannt:

1. Der Gesetzgeber hat sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials zu orientieren.
2. Er muß die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelungen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können (2).

Konkret gesprochen bedeutete dies für die Überzeugungsbildung des Gesetzgebers über die Geeignetheit und Erforderlichkeit des Mitbestimmungsgesetzes, daß Erfahrungen mit vergleichbaren Regelungen im Inland - auf ausländische Erfahrungen konnte in diesem Sachbereich nicht zurückgegriffen werden - zu Rate gezogen wurden, eine Mitbestimmungskommission in ihrem Bericht die Gesamtproblematik einer qualifizierten Mitbestimmung unter politischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der umfassenden politischen und der Fachdiskussion eingehend untersuchte (4) und die voraussichtlichen Auswirkungen des Regierungsentwurfes Gegenstand umfassender Anhörungen im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren waren (5).

- (1) Vgl. BVerfG NJW 1979, S. 699 (702). Unter Berücksichtigung dieser Kriterien bejahen die Erforderlichkeit der Unternehmensentflechtung ebenso: Scholz, aaO. S. 116; Möschel, aaO. S. 75 ff. (81); Schulte-Braucks, S. 267 f.. Die entgegen gesetzte Auffassung Selmers ist auch hier mit denselben Argumenten wie oben (S.204f.) abzulehnen.
- (2) NJW 1979, S. 699 (701)
- (3) BT-Drucks. VI/334, S. 9 f., 29 ff.
- (4) aaO., S. 96 ff.
- (5) BT-Prot. Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung, 7. Wp., 51., 52., 55. und 62. Sitzung

Eine ähnlich intensive Sammlung und Auswertung von Erfahrungen und Einsichten obliegt dem Gesetzgeber auch für die Einführung der Unternehmensentflechtung, die in noch massiverer Weise als die qualifizierte Mitbestimmung in Rechtspositionen der betroffenen Unternehmen eingreift (1). Dafür könnten die Erkenntnisse der Monopolkommission - vor allem die in ihrem III. Hauptgutachten veröffentlichten - begleitet von der verfassungsrechtlichen Untersuchung von Scholz (2) die Grundlage bilden. Ergänzend sind auch vor allem die Erfahrungen aus dem Entflechtungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika vergleichend zu Rate zu ziehen (3), wobei jedoch hinsichtlich der Übertragbarkeit eine zurückhaltende Beurteilung geboten erscheint (4).

Der Grundsatz der Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) beinhaltet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, daß eine Maßnahme den Betroffenen "nicht übermäßig belasten" und für ihn nicht "unzumutbar" sein dürfe (5). Auch hier handelt es sich jedoch nicht um eine letzte absolute Schranke, sondern nur um einen relativen Maßstab (6): Eine staatliche Maßnahme darf, selbst wenn sie zur Erreichung ihres Zieles geeignet und erforderlich ist, nicht außerhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zum gesellschaftlichen bzw. politischen Wert dieses Zieles stehen (7). Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des in der Entflechtung liegenden Eingriffs in die Grundrechtssphäre und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden wettbewerbspolitischen Gründe muß die Grenze der Zumutbarkeit also noch gewahrt und der Wahrung der Mittel-Zweck-Relation Rechnung getragen sein (8).

- (1) Vgl. allgemein zur Verbesserung gesetzgeberischer Diagnose und Prognose: Klopfer, VVDStRL 40, S. 63 ff. (90) m.w.N.
- (2) Entflechtung und Verfassung
- (3) Vgl. dazu etwa Purucker, S. 41 ff., 211 f.; Schulte-Braucks, S. 61 ff.; Möschel, Entflechtungen, S. 61 ff.; Ingo Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht.
- (4) Selmer, aaO., S. 55; MK, HauptGA III, Tzn. 690 ff.
- (5) Vgl. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 261
- (6) aaO., S. 262
- (7) Herzog, in: M/D/H/Sch, Art. 20 (VII.), Rnr. 76 unter Hinweis auf BVerfGE 28, 264 (280);
- (8) Selmer, aaO., S. 46; ähnlich Scholz, aaO. S. 123

Nach Scholz (1) bedeutet dies, daß die gesetzgeberische Maßnahme der Entflechtung nur dann ergriffen werden darf, wenn das wettbewerbliche Verhalten oder die wettbewerbliche Organisation eines Wirtschaftssubjektes die Wettbewerbsfreiheit eines oder mehrerer anderer Wirtschaftssubjekte aktuell beeinträchtigt (aktuelle Wettbewerbsbeschränkung) oder wenn deren Wettbewerbsfreiheit doch in unmittelbar-drohender oder typisch-drohender Weise gefährdet wird (potentielle Wettbewerbsbeschränkung). Denn nur dann korrespondieren mit dem durch die Unternehmensentflechtung bewirkten aktuellen Eingriff in die Grundrechte der zu entflechtenden Unternehmen bzw. ihrer Träger (Anteilseigner) vergleichbare Schutzwirkungen auf seiten der beeinträchtigten oder gefährdeten Grundrechte (2).

Selmer untersucht nun eine in die Mißbrauchsaufsicht integrierte Unternehmensentflechtung und eine an allgemeinen oder besonderen Strukturkriterien, d.h. an übermäßige (unangemessene) wirtschaftliche Macht (Marktmacht), an bestimmte Größenmerkmale (Umsatz u.a.) oder Marktstrukturmerkmale des Unternehmens (Marktanteil u.a.) anknüpfende allgemeine Entflechtungsermächtigung - unabhängig voneinander - auf ihre Angemessenheit im Sinne der Zweck-Mittel-Relation (3). In beiden Fällen kommt er zu negativen Ergebnissen, die freilich nicht überzeugen können.

Die in die Mißbrauchsaufsicht integrierte Unternehmensentflechtung hält Selmer deshalb für nicht proportional im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, weil es angesichts der "Entscheidungsfreiheit" und des "Entscheidungsspielraums" des Unternehmens ersichtlich nicht proportional sei, einem konkreten (etwa in der Preis- oder Rabattgestaltung liegenden) Mißbrauch durch die Entziehung bestimmter Unternehmensteile, d.h. die Aufspaltung des Unternehmens, zu begegnen (4).

(1) Scholz, aaO., S. 123

(2) aaO. S. 124; vgl. dazu auch MK, HauptGA III, Tz. 780

(3) aaO. S. 49 ff. sub a) und S. 51 ff. sub b)

(4) aaO. S. 50

Mag dieser Beurteilung - für sich genommen - auch zuzustimmen sein (1), so wird sie jedoch dem Gesetzgebungsvorschlag der Monopolkommission nicht gerecht. Denn Selmer setzt sich nicht damit auseinander, daß der Vorschlag der Monopolkommission eine Verknüpfung von Mißbrauchs- und Strukturkriterien enthält ("sind für ein mißbräuchliches Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung strukturelle Ursachen maßgeblich ...") (2). Insoweit beschränkt er sich lediglich auf das Fazit: "Ein verfassungsrechtlich unbedenklicher Ausweg ist nicht sichtbar. Den Weg, durch ein 'Konzert typischer Gefährdungstatbestände aus dem Bereich der Strukturkontrolle, der Verhaltenskontrolle und der Ergebniskontrolle ... eine insgesamt (noch rechtsstaatskonforme Eingriffsgrundlage' zu schaffen, halte ich nicht für gangbar." (3)

Angreifbar sind darüberhinaus die Argumente, mit denen sich Selmer gegen die Verhältnismäßigkeit einer an allgemeinen oder besonderen Strukturkriterien anknüpfenden Unternehmensentflechtung wendet (4). Zwar räumt Selmer ein, daß ein Unternehmen oder ein Unternehmenszusammenschluß eine (marktanwarts- und umsatzmäßig) extreme Größenordnung erreichen kann, die einen gewissen Entflechtungseingriff branchenunabhängig als verhältnismäßig ausweisen kann, er verneint jedoch nachdrücklich, "daß sich aus derart singulären Konstellationen ein gesetzlich abstrahierungs- und generalisierungsfähiger Abwägungsüberschuß zugunsten einer allgemeinen Entflechtungsermächtigung herleiten läßt." (5)

Vereinfacht beinhaltet diese Argumentation den Gedanken, daß ein Entflechtungsgesetz deshalb unverhältnismäßig ist, weil es in der wirtschaftlichen Realität nur ganz begrenzte Ausnahmefälle gibt, in denen eine Unternehmensentflechtung wirklich wettbewerbspolitisch vonnöten ist.

(1) ähnlich auch Scholz, aaO. S. 130 und 135

(2) vgl. oben S. 20 ff.; MK, HauptGA III, Tz. 764

(3) aaO., S. 53

(4) aaO., S. 51 ff.

(5) aaO., S. 51

Daß eine sich als Ausnahme darbietende Konstellation nicht zum normierten Typus gemacht werden darf, kann meines Erachtens nicht aus den beiden von Selmer (1) als Beleg angeführten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entnommen werden. In dem einen Urteil hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß das angegriffene Gesetz nicht deshalb unverhältnismäßig ist, weil es Ausnahmefälle gibt, in denen der durch das Gesetz angestrebte Zweck schon freiwillig durch die Gesetzesadressaten erreicht wird bzw. erreicht werden könnte (2). Dazu führt das Bundesverfassungsgericht aus: "Dies (die Tatsache, daß einzelne Unternehmen der Weinwirtschaft die dem Stabilisierungsfonds übertragenen Aufgaben für ihre Zwecke selbst zumindest in gleich effektiver Weise wahrnehmen könnten wie Fonds (3)) ändert nichts an der generellen Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung. Bei der Beurteilung von wirtschaftsordnenden und -lenkenden gesetzlichen Regelungen kann die individuelle Interessenlage des Einzelnen nicht ohne weiteres zum Maßstab der dem Gemeinwohl insgesamt gegenüberzustellenden Einzelinteressen erhoben werden. Es ist vielmehr eine generalisierende Betrachtung geboten, die auf den in Rede stehenden Wirtschaftsbereich insgesamt abstellt" (4). Hieraus kann nicht etwa - gewissermaßen im Umkehrschluß - entnommen werden, daß eine gesetzliche Regelung - hier: ein allgemeines Entflechtungsgesetz - nur dann verhältnismäßig mithin verfassungsrechtlich zulässig ist, wenn die Voraussetzungen, an die es seine Rechtsfolgen knüpft, durchgängig bis auf Ausnahmefälle, zumindest jedoch quantitativ über Ausnahmefälle hinausgehend in dem zu regelnden Sachbereich erfüllt sind.

In der anderen Entscheidung kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, daß § 14 Nr. 2 KakaoVO deshalb unverhältnismäßig ist, weil der mit dem grundsätzlichen Verkehrsverbot für jedes der dort bezeichneten Lebensmittel intendierte Verbraucherschutz bereits in weniger einschneidender Weise durch ein Kennzeichnungsgebot verwirklicht werden könnte.

(1) aaO, Fn. 166

(2) so E 37, 1 (22)

(3) Die Erläuterung innerhalb der Klammer stammt vom Verfasser.

(4) E 53, 135 (146)

Dem stehe insbesondere nicht entgegen, daß die Verbraucherentscheidung zum Kauf eines Erzeugnisses oft nicht auf einem eingehenden Studium der Kennzeichnung der Ware beruhe, sondern auch an deren äußerer Erscheinungsform orientiert sei (1). Der "flüchtige Verbraucher" dürfe nicht zum Maßstab der Erforderlichkeit des grundsätzlichen Verkehrsverbotes gemacht werden (2).

Daraus aber den Schluß zu ziehen, ein allgemeines Unternehmensentflechtungsgesetz sei unzulässig, weil Unternehmen, deren wettbewerbswidriger Marktmacht nur mit einer Entflechtung begegnet werden kann, im Wirtschaftsleben singuläre Ausnahmen sind, überdehnt den Gehalt dieser Entscheidung.

Insgesamt überzeugen die Einwände Selmers gegen die Verhältnismäßigkeit der Unternehmensentflechtung wohl nicht. Sie zeigen jedoch, daß die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine Entflechtungsgesetzgebung äußerst streng sind, und insbesondere das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bei der Ausgestaltung eines Entflechtungsgesetzes in vielerlei Hinsicht Beachtung finden muß.

So ist es beispielsweise ein Gebot der Verhältnismäßigkeit im Sinne der Zumutbarkeit, daß die faktischen Auswirkungen einer Entflechtungsmaßnahme bedacht werden. Keine Entflechtungsmaßnahme darf die wirtschaftlich-wettbewerbliche Existenz von Unternehmen berühren. Dies ist in einer gesetzlichen Regelung, vor allem aber von der Kartellbehörde zu beachten, die den konkreten Entflechtungs-Verwaltungsakt erläßt.

(1) E 53, 135 (146)

(2) ebenda

Im Zusammenhang damit ist auch das Gebot, dem Drittschutz Rechnung zu tragen, ein verfassungsrechtliches Postulat des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) (1).

Um ein verhältnismäßiges Maß an Einzelfallgerechtigkeit zu verwirklichen, ist die Schaffung von Ausnahmeregelungen für sogenannte economies of scale unerlässlich: Typische Kostenvorteile, Erfordernisse des technischen Fortschritts, die (insbesondere internationale) Wettbewerbsfähigkeit und die relevante Strukturverbesserung, die erst durch eine bestimmte Unternehmensgröße gewährleistet werden, können im Einzelfall gegen die Entflechtung sprechen (2). Deshalb ist die Aufnahme von entsprechenden Fortschritts-, Struktur-, Wettbewerbsfähigkeits- bzw. Weltmarktklauseln erforderlich (3). Auf diese Weise ist der "Gemeinwohlambivalenz" (4) der Unternehmenskonzentration bei der im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gebotenen Abwägung hinreichend Rechnung getragen. Diese zu berücksichtigen, ist nicht deshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht entbehrlich, weil der Gesetzgeber bereits eine Grundsatzentscheidung zugunsten einer Zusammenschlußkontrolle getroffen hat (5).

Auch aus diesen Gründen ist die repressiv, punktuell oder individuell eingreifende Entflechtung einem präventiven, von bestimmten Größenordnungen an, absolut eingreifenden (per-se-) Fusionsverbot vorzuziehen, das mikropolitische oder solche makropolitischen ("gesamtwirtschaftlichen") Vorteile der Unternehmenskonzentration eben nicht berücksichtigen kann (6).

dd) Das Gebot der Rationalität und Systemgerechtigkeit

Eng mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit und hier insbesondere mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit verwoben ist

(1) Vgl. dazu oben S.173 f.; Scholz aaO., S. 133

(2) Scholz, aaO. S. 121

(3) ebenda

(4) Selmer, aaO. S. 48

(5) so mit Recht Selmer, aaO.

(6) Scholz, aaO. S. 127

das Erfordernis der Ziel- und Systemkonformität der Entflechtung, das im übrigen aus dem Willkürverbot des Art. 3 I abgeleitet werden kann (1). Ein verfassungswidriger Systembruch kann jedoch nicht gewissermaßen im Bruch mit einem verfassungsrechtlich vorgezeichneten System bestehen. Insoweit ist der Gesetzgeber vielmehr in der Wahl und Ausgestaltung seiner Ordnungssysteme frei (2). Verfassungswidrig kann ein Systembruch nur indirekt bzw. unterhalb verfassungsrechtlicher Systemvorstellungen sein (3). Ein Systembruch verstößt also dann gegen Art. 3 I, wenn der Gesetzgeber ohne sachlichen Grund von einem selbstgewählten, also unterverfassungsrechtlichen Ordnungsrahmen abweicht und damit das Willkürverbot verletzt (4). Daß ein einmal gewähltes Ordnungssystem nicht in sich widersprüchlich sein darf, ergibt sich im übrigen auch aus dem Rechtsstaatsprinzip, das ein unabdingbares Maß an Meßbarkeit und Voraussehbarkeit aller staatlichen Machtäußerungen anhand der Gesetze im formellen Sinne fordert (5).

Systemwidrig im Sinne eines Gebotes zur Konsequenz und damit verfassungswidrig wegen Verstoßes gegen das Willkürverbot könnte die Unternehmensentflechtung dann sein, wenn sie von einem bisher durchgehend befolgten System wirtschaftsordnender Entscheidungen abweiche, und diese Abweichung nicht durch zureichende Gründe gerechtfertigt würde (6).

- (1) Vgl. allgemein dazu: Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat
- (2) Dies ergab sich auch bereits oben im Rahmen von IV. (1. Fragestellung). Vgl. auch Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 26 ff. (28)
- (3) ebenda
- (4) ebenda; Möschel, Entflechtungen, S. 145 f.; vgl. auch BVerfGE, 6, 55 (70, 77); 9, 20 (28); 9, 201 (207); 12, 151 (164); 12, 341 (349); 13, 31 (38); 13, 331 (340); 15, 313 (318); 18, 315 (334); 26, 1 (10 f.); 27, 111 (127)
- (5) Demmer, S. 95
- (6) so der Ansatz Demmers (S. 97) bei der Prüfung der Systemkonformität der Zusammenschlußkontrolle

So ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine systemdurchbrechende Sonderregelung "nicht als solche schon willkürlich und daher verfassungswidrig", sie kann vielmehr nur "ein Indiz für Willkür" sein (1). Erst wenn der Gesetzgeber tatsächlich "das System des Gesetzes ohne zureichende sachliche Gründe verlassen" (2) hat, kann sich dieses Indiz zur Verfassungswidrigkeit verdichten, so daß der Gesichtspunkt des Systembruchs nur als Maßstab zur Auslegung der konkreten Ordnungsentscheidung des Art. 3 I dienen kann (3). Der verfassungsrechtlichen Kontrolle unterliegen also nur willkürliche Systemwidrigkeiten. "Damit fordert der Grundsatz der Systemgerechtigkeit vom wirtschaftslenkenden Gesetzgeber bzw. seiner Wirtschaftspolitik ein Mindestmaß an zielpolitischer Kontinuität, grundsätzlicher Wahrung selbst (zuvor) gewählter oder eingerichteter Systembedingungen, Einhaltung eines Maßes an struktureller Folgerichtigkeit im eingesetzten Lenkungsmittel sowie im verfolgten Verfahren (Gedanke der Verfahrensgerechtigkeit) sowie überhaupt eines Maßes an ziel- sowie maßnahmepolitischer Rationalität." (4)

Systemwidrig im Sinne des Willkürverbotes wäre die Unternehmensentflechtung, wenn ihr (systematischer) Einbau in das geltende Kartellrecht ohne sachlichen Grund mit dessen bisheriger Ordnung brechen würde (5). Scholz (6) spricht insoweit von "interner Systemgerechtigkeit", die er von der "externen Systemgerechtigkeit" abgrenzt.

(1) E 18, 315 (334)

(2) ebenda

(3) Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 29

(4) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 99 m.w.N. in Fn. 73, 74, 75

(5) Vgl. entsprechend für die Konzentrationskontrolle: Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 30

(6) Entflechtung und Verfassung, S. 100, unter Berufung auf Degenhart, aaO. (Fn. 1, S. 214), S. 6 ff., 49 ff., 57 ff., 90 ff.

Letztere verlangt, daß das Gestaltungsmittel Unternehmensentflechtung auch in den allgemeinen Rahmen der staatlichen Wirtschaftspolitik paßt, daß also die vom Wettbewerbsrecht zu unterscheidenden (selbständigen) Ordnungs- oder Gestaltungssysteme nicht solche Zwecke und Ziele verfolgen, die der ratio legis einer allgemeinen Regelung zur Unternehmensentflechtung völlig zuwiderlaufen. Wenn sich also beispielsweise aus der Steuer- und Subventionspolitik sowie der Gesetzgebung im Bereich des Gesellschafts- und Bilanzrechtes - überhaupt in der staatlichen Wirtschaftspolitik - eindeutig das Bestreben zur Förderung von Groß- und Größtunternehmen und zum Vorantreiben der wirtschaftlichen Konzentration erkennen ließe (1), könnte die Einführung der Unternehmensentflechtung gegen das Gebot der "externen Systemgerechtigkeit" verstoßen. Dies ist auch ein Ausfluß der rechtsstaatlichen Maxime, nach der staatliche Machtausübungen über ein unabdingbares Maß an Meßbarkeit und Voraussehbarkeit verfügen müssen.

Sowohl das Erfordernis der "internen" als auch das der "externen Systemgerechtigkeit" stehen der Einführung der Unternehmensentflechtung indes nicht entgegen.

War bereits die Zusammenschlußkontrolle ein "intern" systemgerechtes Mittel zur Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs (2), so gilt dies ebenso - gerade auch deshalb - für die Unternehmensentflechtung. Denn bereits durch die Einführung der Zusammenschlußkontrolle hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, daß er nicht nur den Wettbewerb direkt beeinträchtigende Verhaltensweisen, sondern auch die bloße Bildung wirtschaftlicher Macht kontrollieren wollte. Darüber hinaus ist schon seit Einführung des GWB eine - wenn auch schwache - Kontrolle der Konzentrationsbewegung in der Wirtschaft bekannt (3).

(1) Vgl. dazu: MK, HauptGA IV, Tz. 740 ff. (Steuern und Konzentration) und 775 ff. (Subventionen und Konzentration)

(2) Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 26 ff. (38); Demmer, S. 95 ff. (100 f.)

(3) Demmer, S. 100

Die Unternehmensentflechtung wäre auch ein "extern" systemgerechtes Mittel zur Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs. Zwar mag es im Bereich des Steuerrechts (1), des Bilanz- und Konzernrechts, sowie der Sozialgesetzgebung und der staatlichen Forschungsförderungspolitik Begünstigungstendenzen für Groß- und Großunternehmen gegeben haben und geben (2), solche Begünstigungstendenzen haben sich jedoch nicht derart zu einer durchgängig konzentrationsfreundlichen Wirtschaftspolitik des Staates, geschweige denn zu einem staatlichen Ordnungssystem im Bereich der Wirtschaft verdichtet, daß die Einführung der Unternehmensentflechtung in einen auf diese Weise begründeten Vertrauenstatbestand der betroffenen Wirtschaftssubjekte eingreifen würde.

Weiterhin könnte Art. 3 I verletzt sein, wenn die materiellen Eingriffskriterien des Entflechtungsgesetzes für sich so wenig sachgerecht sind, daß sie einen Willkürvorwurf begründen (3). Den "verfassungsschweren Vorwurf einer vom geregelten Bereich her fehlenden Sachgerechtigkeit und Normadäquanz der tatbestandlichen Ausgestaltung" erhebt Selmer sowohl gegen den Gesetzesvorschlag der Monopolkommission (4) als auch gegen denjenigen von Schulte-Braucks (5).

ee) Das Erfordernis grundrechtsadäquater Organisations- und Verfahrensregelung

Schließlich gewinnt bei einem so grundrechtssensiblen Gesetzgebungsvorhaben wie demjenigen der Unternehmensentflechtung das Prinzip der grundrechtsadäquaten Verfahrens- und Organisationsregelung eine erhebliche Bedeutung (6).

(1) Vgl. dazu: Vogel, Die Beeinflussung der Unternehmenskonzentration durch das Steuerrecht; MK, HauptGA IV, Tz.740 ff.

(2) Vgl. Möschel, Entflechtungen, S. 76

(3) aaO. S. 146; Selmer, aaO. S. 35 ff.

(4) aaO. S. 35 ff.

(5) aaO. S. 37

(6) Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 100 f.

Der Gesetzgeber, der Grundrechte einschränkt oder konkretisiert, muß ihnen auf der anderen Seite ein "formell-organisations- und -verfahrensrechtliches Maß an Funktionsfähigkeit oder Durchsetzbarkeit" eröffnen (1). So ist der Zusammenhang von Grundrechten, Organisation und Verfahren von größter allgemeiner Bedeutung für die Verwirklichung und Sicherung der Grundrechte (2). Und gerade dort, wo ein Manko an Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung besteht - wie im Sachgebiet der Unternehmensentflechtung (3) - ist ein Ausgleich durch ein Mehr an verfahrensrechtlichen Garantien unerlässlich (4).

Die Statuierung eines allgemeinen Prinzips der grundrechtseffektiven Organisations- und Verfahrensregelung findet erste Stützen etwa in der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV, der über seinen Wortlaut hinaus auch für das Verwaltungsverfahren angewandt wird (5), und in dem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I (6). Darüber hinaus aber ist das Rechtsstaatsprinzip selbst *sedes materiae* (7). Endlich gibt es Begründungsversuche, die aus den Grundrechten selbst prozedurale Teilhaberechte ableiten wollen (8). So hat Häberle die Idee eines "status activus processualis" entwickelt (9). In der Rechtsprechung stellt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 1979 einen Markstein dar (10). Hierin hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, daß der Staat seiner aus den Grundrechten ableitbaren Pflicht, "sich schützend und fördernd vor die darin genannten Rechtsgüter zu stellen", auch in der Weise nachkommen kann und gegebenenfalls muß, daß er ein die Belange der Betroffenen zur Geltung bringendes Verfahren schafft (11).

(1) aaO. S. 101

(2) Hesse, EuGRZ 1978, S. 434; Bethge, NJW 1982, S. 1

(3) Vgl. dazu oben sub c) aa), S. 192 ff.

(4) Steindorff, BB 1970, S. 824 (829)

(5) Lerche, ZZP, Bd. 78, S. 1 (25 ff.)

(6) Steindorff, BB 1970, S. 824 (829 f.)

(7) Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 100

(8) etwa Bethge, aaO. m.w.N. in Fn. 8

(9) VVDStRL 30, S. 43 ff. (121)

(10) E 53, 30

(11) aaO. S. 57

Dabei beruft sich das Bundesverfassungsgericht auch auf seine gefestigte Rechtsprechung, "daß Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und daß die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist"(1).

Für die Einführung der Unternehmensentflechtung beinhaltet das Prinzip der grundrechtsadäquaten Verfahrens- und Organisationsregelung eine umfassende Beteiligung des betroffenen Bürgers bzw. Unternehmens im Entflechtungsverwaltungsverfahren (2). Gerade wegen der unumgänglichen Offenheit der Tatbestände bzw. deren unternehmensheteronomer Gemeinwohlorientierung müssen die Betroffenen das Recht haben, ihre legitimen verfassungsrelevanten (unternehmensautonomen) Interessen schon im Verwaltungsverfahren geltend zu machen (3). Insbesondere dieses ist bei der von der Monopolkommission vorgeschlagenen (4) Anpassung des Abschnittes des GWB zu berücksichtigen, welcher die Verfahrensfragen des Gesetzes regelt (§§ 51 ff. GWB).

Auch die Einführung einer Sektorenuntersuchung, um die nach dem Gesetzgebungsvorschlag der Monopolkommission (5) die Zuständigkeiten des Bundeskartellamtes erweitert werden sollen, trägt dem Erfordernis von grundrechtsadäquaten Organisations- und Verfahrensregelungen Rechnung.

(1) aaO. S. 65; vgl. auch die Nachweise bei Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 101, Fn. 80

(2) entsprechend für die Zusammenschlußkontrolle: Scholz, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 101

(3) ebenda

(4) HauptGA III, Tz. 764 a.E.

(5) HauptGA III, Tzn. 770 ff. (774)

Zusammenfassung (IV. 2. Fragestellung)

Um ein grundrechts- und rechtsstaatskonformes Gesetz zur Unternehmensentflechtung zu schaffen, muß der Gesetzgeber vor allem die grundrechtlichen Garantien des Eigentums (Art. 14 I) und der freien Berufsausübung (Art. 12 I) beachten, wobei - soweit Groß- und Größtunternehmen als betroffene Grundrechtssubjekte in Betracht kommen - diese Garantien eine zum Teil andersgerichtete und schwächere Schutzrichtung entfalten.

In Verbindung mit den grundrechtlichen Gewährleistungen bildet der allgemein-rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einen entscheidenden Maßstab. Bei alledem besteht ein Zusammenhang zwischen den Verfassungspositionen, die der Gesetzgeber schützen will und muß (IV., 1. Fragestellung), und denjenigen, die den Maßstab und die Grenzen für eine allgemeine Entflechtungsermächtigung bilden (IV., 2. Fragestellung). Denn aus jenen lassen sich die Ziele und Zwecke der gesetzgeberischen Maßnahmen ableiten, die der Gesetzgeber darzulegen verpflichtet ist und die für die Frage der Verfassungsmäßigkeit mitentscheidende Bedeutung haben.

Besondere Probleme stellen sich dem Gesetzgeber bei der Beachtung des Erfordernisses der Klarheit und Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung. Denn einen so komplexen und dynamischen Regelungsbereich wie den des wirtschaftlichen Wettbewerbs normativ zu erfassen, ist gesetzestechnisch außerordentlich schwierig. Hier müssen bis zu einem gewissen Grad unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln hingenommen werden. Um den so entstehenden Verlust an Rechtssicherheit abzufangen und auszugleichen, sind erhöhte Anforderungen an die Gerechtigkeit von Organisation und Verfahren einer Unternehmensentflechtung zu stellen.

Es zeigt sich aber auch bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Entflechtungsermächtigung, wie bereits - unter umgekehrten Vorzeichen - unter IV. 1. dieser Arbeit, daß die staatliche Wirtschaftspolitik und Gesetzgebung unter dem Grundgesetz im Kern diskretionär ist.

Wie das Grundgesetz den Gesetzgeber nicht verpflichtet, angesichts von durch Konzentration geschaffenen Konflikten zum Instrument der Unternehmensentflechtung zu greifen (1), so errichtet es ihm andererseits zwar hohe, keineswegs aber unüberwindbare Hürden, wenn er sich für dieses Instrument entscheidet.

Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne zwingt zwar den Gesetzgeber auf der einen Seite zu einer umfassenden Aufklärung der Sachgesetzmäßigkeiten in dem zu regelnden Sachgebiet, beläßt ihm jedoch auf der anderen einen recht weiten Prognosespielraum, der lediglich durch eine Vertretbarkeitskontrolle begrenzt wird. So ist denn das folgende Globalurteil Selmers (2) im Schriftum zur Verfassungsmäßigkeit der Unternehmensentflechtung allein geblieben: "Eine allgemeine Entflechtungsermächtigung erscheint zusammenfassend daher nach geltender Verfassungsrechtslage und unter Berücksichtigung der tatsächlichen Vielgestaltigkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse in einer dem grundrechtlich-rechtsstaatlichen Proportionalitätsgrundsatz angemessenen und typisierungsfähigen Weise durchgehend nicht realisierbar." (3)

Verfassungskonforme Konfliktlösungen im Bereich der Wirtschaft durch unternehmensentflechtende Maßnahmen sind durchaus möglich, wie die Untersuchungen von Möschel und Schulte-Braucks, insbesondere aber von Rupert Scholz gezeigt haben.

(1) s. o. S. 147 f.

(2) Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 53

(3) kritisch dazu auch: Oehler, NJW 1982, S. 2549 f.

3. Verfassungsrechtlicher Tätigkeitsappell und verfassungsrechtliche Grenzen im Spannungsfeld zwischen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit und verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenz

Bis hierher ist in der verfassungsrechtlichen Erörterung an verschiedenen Stellen von einem Tätigkeitsappell des Grundgesetzes an den Gesetzgeber die Rede gewesen. Verschiedentlich ist auch bereits darauf hingewiesen worden, daß eine verbindliche verfassungsrechtliche Direktive an den Gesetzgeber gewissermaßen zum "Verfassungsvollzug" unter Umständen eine erheblich erweiterte Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichtes zur Folge haben könnte. Die darin liegende Gefahr beschreibt Bryde (1) folgendermaßen: "Die Verbindung von 'universalem' Regelungsumfang, eine die Konkretisierung auch allgemeinster Rechtssätze zulassender Methodik und Justitiabilität ..droht das BVerfG zur alleinigen Regierungsgewalt der Bundesrepublik zu machen: Außenpolitik, Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung, ja gesellschaftliches Zusammenleben 'nach Anweisung des Bundesverfassungsgerichtes'". Das Bundesverfassungsgericht könnte sich mit anderen Worten in die Rolle eines "Über-Gesetzgebers" (2) gedrängt sehen. Gleichzeitig würde der Bürger sich möglicherweise auf einen verfassungsrechtlich verbürgten "Erfüllungsanspruch" auf gesetzgeberisches Tätigwerden berufen.

Wie bei der Drittwirkungsproblematik muß es also darum gehen, eine "gewisse Priorität des Gesetzgebers gegenüber dem Richter" (3) bei der Realisierung der verfassungsrechtlichen Wertordnung abzusichern.

- (1) Verfassungsverwirklichung, S. 300
- (2) Bryde (aaO. S. 333) prägt in Anlehnung an den Begriff des "BVerfG als Superrevisionsinstanz" den Begriff des "BVerfG als Supergesetzgeber".
- (3) Vgl. Bleckmann, DöV 1983, S. 129 (133)

Eine solche Priorität des Gesetzgebers kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes auch in den Kompetenzentscheidungen des Grundgesetzes zum Ausdruck (1). So hat das Bundesverfassungsgericht aus Art. 74 Nr. 11a abgeleitet, daß die Entscheidung für die friedliche Nutzung der Kernenergie zuvörderst in die politische Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung falle (2).

Abschließend soll nunmehr deutlich gemacht werden, wo die Grenze zwischen der Zuständigkeit des Parlaments und der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts verläuft, mit anderen Worten, ob und inwieweit ein aus verschiedenen Grundrechten und Verfassungsprinzipien ableitbarer Gesetzgebungsauftrag bzw. Tätigkeitsappell justitiabel ist (3).

Auf der einen Seite steht hier die Sicht des Bundesverfassungsgerichts, daß es keinen "Erfüllungsanspruch" des Bürgers auf gesetzgeberisches Tätigwerden gibt. Denn es "liegt in der Natur der Sache, daß der einzelne Staatsbürger grundsätzlich (4) keinen Anspruch auf ein Handeln des Gesetzgebers haben kann", wenn anders nicht eine von der Verfassung "schwerlich gewollte Schwächung der gesetzgeberischen Gewalt erfolgen soll." (5) Auf der anderen Seite steht die Erkenntnis, daß anhand der Grundrechte und der allgemeinen Verfassungsprinzipien doch ganz konkrete verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ziele und von allem den Inhalt eines Gesetzes entwickelt werden können.

(1) Vgl. dazu oben unter IV. 1. b) cc), S. 127 ff.

(2) NJW 1980, S. 759 (761)

(3) Vgl. zu diesem Problem der "Konkretisierungskonkurrenz zwischen BVerfG und Gesetzgeber" Bryde, aaO. insbesondere S. 325 ff.

(4) Eine Ausnahme bildet etwa Art. 6 V, aber auch Art. 6 IV, der dem Bürger als Grundrechtsträger ein subjektives Recht auf Tätigwerden des Gesetzgebers zur Durchnormierung der grundrechtlich versprochenen Leistungsansprüche einräumte, gäbe es nicht schon eine Mutterschutzgesetzgebung.
Vgl. dazu Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 70 Rnr. 2 (Vorbearbeitung)

(5) BVerfGE 1, 97 (100)

In der vorliegenden Arbeit sollte dies in Bezug auf ein Entflechtungsgesetz deutlich gemacht werden.

Der zwischen beiden Auffassungen bestehende Widerspruch indes ist nur ein scheinbarer. Denn das Grundgesetz und insbesondere die Grundrechte enthalten weit über die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts hinausreichende Bestimmungen, die das Parlament in alleiniger Verantwortung zu erkennen und zu verwirklichen hat. Das Bundesverfassungsgericht hat hier lediglich zu überprüfen, ob der Gesetzgeber bei dieser Verfassungsverwirklichung die Schranken der Verfassung, insbesondere der Grundrechte beachtet hat (1). Die Grenze zwischen der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichtes und der Zuständigkeit des Parlamentes verläuft also nicht dort, wo das Verfassungsrecht endet, sondern innerhalb des Verfassungsrechtes und seiner einzelnen Normen selbst. Für die Grundrechtsdogmatik bedeutet diese Grenzziehung folgendes: Wenn vom Bundesverfassungsgericht her gesehen die Grundrechte - um die Gestaltungsfreiheit des Parlamentes zu wahren - nur Schranken des Gesetzes darstellen, handelt es sich vom Parlament her gesehen um Rechtssätze, welche weitgehend auch das Ziel und den Inhalt der Regelung bestimmen (2).

Die soeben gezogene Zuständigkeitsgrenze beschränkt das Bundesverfassungsgericht noch weitergehend als die Grenzen, die herkömmlicherweise aus dem verfassungsrechtlichen Gebot richterlicher Zurückhaltung (judicial self-restraint) etwa bei der Überprüfung von Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers hergeleitet werden (3).

- (1) anders Bryde (aaO. S. 201), der von einer potentiell umfassenden, aber - aus faktischen Gründen - nur punktuell aktualisierbaren Kontrolle der Gesetzgebers bei der ihm obliegenden umfassenden Verfassungskonkretisierung ausgeht. Vgl. auch aaO. S. 325 ff. (332 ff.)
- (2) Vgl. zum ganzen demnächst Bleckmann, Philosophie des Staates und der internationalen Beziehungen, Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre
- (3) Vgl. dazu oben S. 202 ff.; BVerfGE 35, 257 ff. (262); 36, 1 ff. (14); sowie Achterberg, DöV 1977, S. 649; Schneider, NJW 1980, S. 2103

Sie trennt nämlich mit Ausschließlichkeitwirkung parlamentarische und (verfassungs-)richterliche Kompetenzen. Jenseits dieser Grenze hat das Bundesverfassungsgericht keinerlei Befugnisse mehr, die "Verfassungsverwirklichung" durch den Gesetzgeber zu überprüfen. Dementsprechend gibt es auch hier kein subjektives Recht des Bürgers als Grundrechtsträger auf Tätigwerden des Gesetzgebers. Eine "Untätigkeitsklage" vor dem Bundesverfassungsgericht ist nicht möglich. Die Verfassung hat in dem Bereich jenseits der Kontrollbefugnis des Bundesverfassungsgerichtes aber ihre rechtliche Dimension keineswegs verlassen. Auch hier hat die Verfassung nicht lediglich eine politische, sondern auch noch eine rechtliche Funktion (1). Nur wird jenseits der bezeichneten Grenze ausschließlich das Parlament in die Pflicht genommen.

Auch Bryde (2) hält eine Lösung mit dem Grundgesetz für unvereinbar, die dem Bundesverfassungsgericht mit Hilfe der gleichzeitig universalen und offenen Maßstäbe der Verfassung eine lückenlose, intensive und bis in alle Einzelheiten gehende Kontrolle des Gesetzgebers erlauben würde. Insoweit unterscheidet er zwischen verfassungsrechtlichem Handlungsmaßstab für den Gesetzgeber und Kontrollmaßstab für das Bundesverfassungsgericht (3). Eine Unterscheidung zwischen durch das Bundesverfassungsgericht nachprüfbarem und nichtnachprüfbarem Verfassungsrecht lehnt Bryde jedoch ab (4).

- (1) Gegen eine Grenzziehung nach der Unterscheidung "Recht und Politik" auch: Bryde aaO. S. 336
- (2) aaO. S. 335
- (3) ebenda
- (4) aaO. S. 332 und passim; Vgl. insbesondere S. 332: "Das Grundgesetz bringt dem Gesetzgeber kein gesteigertes Vertrauen entgegen."

Ob man das ausschließliche "In-die-Pflicht-Nehmen" des Gesetzgebers als "Verfassungsappell" oder als "Gesetzgebungsauftrag" bezeichnet, ist nur eine terminologische Frage. Eine rechtliche Verbindlichkeit gewissermaßen nach außen jedenfalls besteht nicht. Würde sie und mithin eine Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichtes bestehen, wäre das Bundesverfassungsgericht zum "Supergesetzgeber" (1) geworden. Als "Supergesetzgeber" aber wäre das Bundesverfassungsgericht nicht mehr ohne weiteres mit den Grundlagen einer gewaltenteilenden Demokratie vereinbar (2).

Zur Verdeutlichung der soeben vorgenommenen Grenzziehung mag die folgende Skizze dienen:

Verfassungsrecht:		
Verfassung als Schranke für den Gesetzgeber	Verfassung als Schranke gesetzgeberischer Prognoseentscheidungen	Verfassung als rechtlich verbindlicher Appell und Auftrag an den Gesetzgeber
volle Nachprüfbarkeit	eingeschränkte Nachprüfbarkeit (Mißbrauch, Evidenz)	keinerlei Nachprüfbarkeit
gemeinsame Zuständigkeit von Bundesverfassungsgericht und Parlament		ausschließliche Zuständigkeit des Parlaments

(1) s. o. Fn. 2, S. 222

(2) so auch Bryde aaO. S. 333

Diese Systematik gilt insbesondere für die Grundrechte, aber auch für andere, objektive Normen der Verfassung.

Als erläuterndes Beispiel sei die Bestimmung des Art. 109 II herangezogen. Nach dieser Vorschrift haben Bund und Länder bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. Art. 109 II kann dahin ausgelegt werden, daß die Beachtung der Ziele des magischen Vierecks (Stabilität des Preisniveaus, hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht, stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum) nicht nur bei der Haushaltswirtschaft, sondern generell bei den wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen von Bund und Ländern vorgeschrieben sind (1). Schließlich verdeutlichen geschichtliche Erfahrungen, insbesondere diejenige der Weltwirtschaftskrise 1929 - 1931, daß es für Regierungen und Staaten lebensgefährlich ist, den Konjunkturverlauf sich selbst zu überlassen (2). Deshalb ist die Verantwortung des Staates für die Gesamtwirtschaft, vor allem für die Stabilität und Vollbeschäftigung nicht mehr ernstlich umstritten (3). Auch ist die Bestimmung des Art. 109 II kein bloßer Programmsatz, sondern enthält eine Verpflichtung, den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichtes Rechnung zu tragen (4).

- (1) Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, S. 100; ders., Subventionsrecht, S. 34 und 24; Stern, Staatsrecht, Bd. I, S. 703; Fischer-Menshausen, in: von Münch, Grundgesetz-Kommentar, Art. 109 Rnr. 9 a.E.; gegen eine so weitgehende Auslegung des Art. 109 II: Vogel/Wiebel, in: BK, Art. 109 Rnrn. 122-124 (Zweitbearbeitung); Vgl. auch § 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums in der Wirtschaft.
- (2) Bryde, Zentrale wirtschaftspolitische Beratungsgremien, S. 23 m.w.N. in Fn. 24
- (3) ebenda
- (4) Maunz, in: M/D/H/Sch, Art. 109 Rnr. 37 m.w.N. in Fn. 2

Bund und Länder sind also verpflichtet, mit ihrer Haushaltswirtschaft (und nach dem oben Gesagten mit ihrer gesamten Wirtschafts- und Finanzpolitik) auf das Ziel des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (z.B. durch expansive Haushaltspolitik in Rezessionsphasen) hinzuwirken (1). Da die einzelnen Zielkomponenten (2) sich nicht genau rechtlich fixieren lassen, handelt es sich bei dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht um einen unbestimmten Rechtsbegriff (3).

Für die rechtliche Überprüfbarkeit durch das Bundesverfassungsgericht hat dies folgende Konsequenzen: Das Bundesverfassungsgericht kann Bund und Länder nicht - positiv - verpflichten, zur Erhaltung oder Wiederherstellung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts ganz bestimmte haushalts- bzw. wirtschaftspolitische Maßnahmen zu ergreifen. Es kann lediglich - negativ - judizieren, ein bestimmter haushalts- bzw. wirtschaftspolitischer Kurs sei infolge einer im Prinzip unzutreffenden Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts eingeschlagen worden und verlasse den allgemeinen Rahmen des Art. 109 II (4).

Damit ist die Bedeutung des Art. 109 II jedoch nicht erschöpft. Der dem Bundesverfassungsgericht zugewiesene Überprüfungsumfang erfaßt vielmehr nur einen Teil des materiellen Gehalts dieser Bestimmung. Ganz erheblich über die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts hinaus nimmt Art. 109 II Bund und Länder verfassungsrechtlich in die Pflicht.

- (1) Maunz aaO.
- (2) s. o. S. 227 und Fn.1 ebenda
- (3) Maunz aaO. Rnr. 109
- (4) BVerfGE 13, 223 f.; 39, 115;
Maunz aaO. Rnr. 38

So kann diese Vorschrift durchaus in einer ganz bestimmten Situation ganz bestimmte auf konkrete Maßnahmen gerichtete haushalts- und wirtschaftspolitische Handlungsanweisungen an Bund und Länder ausgeben. Nur sind diese Handlungsanweisungen oft erst ex post erkennbar. Genau darin aber liegt der Grund für die fehlende Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, das insoweit nicht über andere Erkenntnisquellen als das Parlament verfügt und deshalb nicht zum Schiedsrichter in der politischen und gesellschaftlichen Auseinandersetzung darüber gemacht werden soll, auf welche Weise das von der Verfassung vorgegebene Ziel des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts erreicht werden kann.

Das Grundgesetz ist nach alledem weit mehr als eine reine Rechtsordnung, es ist Grundordnung von Staat und Gesellschaft. Dies erweist sich auch und gerade an einem wirtschaftspolitischen Gesetzgebungsvorhaben wie demjenigen der Unternehmensentflechtung.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 14. März 1957 als ältestes von fünf Kindern des Kaufmanns Bernhard Schlichter und seiner Ehefrau Marianne, geb. Pier, in Lathen geboren und besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von Ostern 1963 bis Weihnachten 1966 besuchte ich die Volksschule in Lathen. Von Weihnachten 1966 besuchte ich bis zum Ablegen des Abiturs am 29. April 1975 das Neusprachliche Gymnasium Sögel (Hümmling).

Vom Wintersemester 1975/76 bis zum Sommersemester 1980 studierte ich Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Am 17. Januar 1981 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1. November 1981 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.

